



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Alyne Lima de Mesquita

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Brasília

2015

Alyne Lima de Mesquita

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharela em
Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Professora Doutora Beatriz
Vargas Ramos Gonçalves de Rezende.

Brasília

2015

Nome: MESQUITA, Alyne Lima de.

Título: A iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro sob a perspectiva do sistema acusatório.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília– UnB.

Data da defesa: 07.07.2015

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (Orientadora)

Professor Mestre Ademar Borges de Sousa Filho

Professor Mestre Marcelo Turbay Freiria

Professor Mestre Rafael de Deus Garcia

À minha querida avó Ruth, pelo amor incondicional.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a atribuição de poderes instrutórios ao juiz no processo penal brasileiro sob a perspectiva do sistema acusatório. O primeiro capítulo aponta as principais características dos sistemas processuais penais acusatório, inquisitório e misto, além de indicar os princípios informadores e o núcleo fundante dos referidos sistemas. O segundo capítulo engloba a análise da gestão da prova, com o propósito de identificar o papel do julgador durante a instrução probatória. O terceiro capítulo trata da eleição constitucional do sistema acusatório em contraposição ao perfil inquisitório da legislação processual penal. Por fim, examina-se em que medida a iniciativa instrutória do juiz é incompatível com alguns princípios e garantias processuais penais constitucionais, como a imparcialidade da jurisdição, a igualdade processual e a presunção de inocência.

Palavras-chave: sistemas processuais penais; sistema acusatório; gestão da prova; instrução probatória; poderes instrutórios do juiz.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los poderes de instrucción del juez en el proceso penal brasileño conforme el sistema acusatorio. En el primer capítulo se describen las principales características de los sistemas procesales penales acusatorio, inquisitorio y mixto. También será indicado el núcleo fundador de tales sistemas. El segundo capítulo comprende el análisis de la gestión probatoria, con el objetivo de identificar el papel del juez durante la instrucción probatoria. El tercer capítulo trata de la elección constitucional del sistema acusatorio en contraposición al perfil inquisitivo de la legislación procesal penal. Al final, será verificado en qué medida la iniciativa probatoria del juez es incompatible con algunos principios y garantías constitucionales, como la imparcialidad de la jurisdicción, la igualdad procesal y la presunción de inocencia.

Palabras clave: sistemas procesales penales; sistema acusatorio; gestión de la prueba; instrucción probatoria; poderes de instrucción del juez.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	9
2.1 A classificação tradicional	9
2.1.1 Sistema acusatório.....	10
2.1.2 Sistema inquisitório.....	13
2.1.3 Sistema misto	15
2.2 Identificação do núcleo fundante: a gestão da prova.....	17
3 A GESTÃO DA PROVA.....	20
3.1 Concepções e finalidades da prova.....	21
3.2 O ônus da prova.....	23
3.3 A busca da verdade no processo penal	25
3.4 Os sistemas processuais penais e o papel do juiz	30
4 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	34
4.1 A linha inquisitorial probatória do Código de Processo Penal de 1941	34
4.2 A eleição constitucional do sistema acusatório	36
4.3 Alterações legislativas de 2008 acerca das provas	40
4.4 O descompasso entre a legislação infraconstitucional e o modelo acusatório	44
5 INICIATIVA INSTUTÓRIA DO JUIZ E PRINCIPIOLOGIA	46
5.1 Princípios e garantias processuais penais constitucionais	46
5.2 Princípio acusatório	48
5.3 Imparcialidade da jurisdição	50
5.4 Presunção de inocência e <i>in dubio pro reo</i>	54
5.5 Igualdade processual ou paridade de armas – <i>par conditio</i>	56
6 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elegeu a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como a principal preocupação do nosso ordenamento jurídico, estabelecendo um extenso rol de garantias relacionadas à persecução penal, com o propósito de proteger o acusado de eventuais arbitrariedades perpetradas pelos órgãos estatais.

Contudo, o anseio punitivo que ainda pauta a edição de normas infraconstitucionais brasileiras corrobora a ampliação dos poderes gozados pelo magistrado na condução da ação penal, já que é esperado que o julgador assuma postura ativa na coleta de elementos probatórios que viabilizem a condenação dos réus e, conseqüentemente, diminuam a impunidade.

Dentro de tal perspectiva, o enfoque do presente trabalho cinge-se à análise da iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório. Em um primeiro momento, examinam-se as características estruturais e históricas dos sistemas processuais penais clássicos, a fim de demonstrar que a gestão da prova é o elemento fundamental para identificá-los.

Em seguida, estuda-se o instituto da prova, com a apresentação dos conceitos e das finalidades a ela atribuídos, bem como a sua recorrente vinculação ao tema da verdade. Ainda nesse ponto, busca-se demonstrar a relevância dos sistemas processuais penais para a definição do papel do magistrado no exercício da função jurisdicional.

Logo depois, averigua-se a opção realizada na Constituição Federal de 1988 pelo sistema acusatório em contraposição à evidente matriz inquisitória do Código de Processo Penal de 1941 (CPP) e das alterações legislativas de 2008. Problematisa-se a atribuição de poderes instrutórios e investigatórios ao juiz, especialmente a partir da leitura do artigo 156 do CPP. Nesse cenário, é apontada a necessidade de uma interpretação sistemática do texto constitucional, para impedir a aplicação de dispositivos legais que ofendam o modelo processual acusatório e democrático assegurado pela Carta Magna.

Por fim, com base na premissa de que o sistema jurídico necessita de uma ordem axiológica de princípios fundamentais para a edição e para a interpretação das normas, passa-se ao confronto entre a iniciativa instrutória do julgador e algumas garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito no âmbito processual penal, como o princípio acusatório, a imparcialidade da jurisdição, a presunção de inocência e a igualdade processual.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Segundo JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, a definição de sistema consiste no “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que forma um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”¹.

No campo do processo penal, os sistemas podem ser entendidos como complexos de princípios e de regras constitucionais, definidos conforme o momento político de cada Estado, que orientam a aplicação das normas penais ao caso concreto².

O exame da evolução das formas através das quais se estruturaram os modelos político-jurídicos de resolução de conflitos de interesses ou de casos na esfera penal é imprescindível para a compreensão do fenômeno jurídico referente à limitação das liberdades do indivíduo pelas normas penais e processuais penais³.

Nesse contexto, a indicação do papel a ser desempenhado pelos sujeitos processuais depende da análise dos sistemas processuais penais clássicos e de suas estruturas, para que se verifique a compatibilidade entre a iniciativa instrutória conferida ao juiz criminal e o modelo de processo que a Constituição brasileira pretende implantar.

2.1 A classificação tradicional

Uma análise histórica das características atribuídas à persecução penal em diferentes ordenamentos jurídicos fundamenta a tradicional classificação dos sistemas processuais penais.

O sistema acusatório predominou na República Romana e na Idade Média até o século XIII. Já o sistema inquisitório estabeleceu-se, essencialmente, durante o século XII até o século XVIII. Por sua vez, o sistema misto, também chamado de inquisitório reformado ou napoleônico, consolidou-se na Europa continental, em razão da expansão napoleônica e das premissas do Iluminismo⁴.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n.28, p. 109-138, 1999, p. 109.

² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 61- 62.

⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37-38.

Diante da íntima relação existente entre o processo penal e a estrutura estatal, verifica-se que a definição das regras e das garantias processuais penais é determinada pelo sistema adotado.

Conforme registro de AURY LOPES JÚNIOR, nota-se que o sistema acusatório predomina historicamente em Estados com sólida base democrática e garantidores da liberdade individual. Por outro lado, o sistema inquisitório é característico de países marcados pelo autoritarismo ou pelo totalitarismo, nos quais se privilegia a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais⁵.

2.1.1 Sistema acusatório

A evolução dos sistemas processuais penais aponta que o primeiro modelo de processo baseou-se no princípio acusatório, migrando-se, aos poucos, para um sistema inquisitório que persistiu por vários séculos, até que o surgimento do Estado Democrático de Direito impôs o retorno ao modelo acusatório.

O sistema acusatório desenvolveu suas estruturas na Grécia Antiga, mediante a participação direta do povo no exercício de acusação e de julgamento. Prevalecia a acusação privada para os delitos menos graves e o sistema da ação popular para os delitos mais graves, uma vez que qualquer pessoa do povo poderia formular a acusação. Já em Roma, na Alta República, despontam as duas formas do processo penal: a *cognitio* e a *accusatio*⁶.

A *cognitio* era um procedimento de natureza pública, realizado no interesse do Estado romano, que atribuía aos magistrados vastos poderes de iniciativa, de instrução e de deliberação, visto que eram considerados os representantes do rei⁷. Havia um recurso de apelação ao povo denominado *provocatio*, com efeito suspensivo, contra a sentença proferida pelo julgador, nos casos em que o condenado fosse cidadão e varão. A *cognitio* mostrou-se insatisfatória, em razão da falta de garantias, principalmente para as mulheres e para os que não eram cidadãos, passando a ser “uma poderosa arma política nas mãos dos magistrados”⁸.

No último século da República, nasceu a *accusatio*, também chamada *de iudicium publicum* ou *quaestio*, que objetivava a apuração de algumas infrações relativas à ordem

⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106.

⁶ *Ibid.*, p. 107.

⁷ PRADO, 2006, p. 74.

⁸ LOPES JR., *op. cit.*, *loc. cit.*

pública. O acusador particular conduzia o procedimento, ora como ofendido, ora como representante do interesse público da sociedade. Qualquer cidadão munido de provas estava autorizado a mover a ação penal. A *accusatio* representou a adequação do antigo processo penal às novas demandas sociais, assemelhando-se à forma grega⁹.

Vigorava o pressuposto de que ninguém seria levado a juízo sem uma acusação: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*. A forma acusatória adotada era regida pelo contraditório e as partes eram responsáveis pela produção das provas de suas alegações. O processo era público e oral, de modo que os debates eram determinantes para o conteúdo das decisões¹⁰. As atividades de acusar e de julgar eram atribuídas a pessoas diferentes. Os juízes adotavam uma postura passiva, pois se preservavam afastados da iniciativa probatória, não sendo admitidos a denúncia anônima e o processo sem acusador legítimo e idôneo¹¹.

Entretanto, na época do Império, passou-se a reconhecer a insuficiência do sistema acusatório para a repressão dos delitos, em virtude de seus vários inconvenientes, como a impunidade do criminoso, a facilidade de acusação falsa e a deturpação da verdade. Os magistrados foram aumentando seus poderes, de forma a alcançarem as atribuições antes reservadas aos particulares, até concentrarem as funções de acusação e de julgamento, motivados pela descoberta da verdade dos fatos. O modelo processual fundado na iniciativa de qualquer cidadão conviveu, então, com o procedimento penal de ofício, baseado na *cognitio extra ordinem*, que foi a origem do sistema inquisitivo¹².

Na atualidade, o sistema acusatório é caracterizado pelo exercício da jurisdição penal por um órgão público, que atua como árbitro entre as partes litigantes. A persecução penal é realizada por uma instituição estatal e o procedimento é marcado pelo debate público, oral, contínuo e contraditório¹³.

A oralidade define, na matriz acusatória, os papéis concretos exercidos pelos sujeitos processuais, porquanto assegura que uma causa não seja decidida por um juiz que não tenha tido contato direto com as provas e argumentos formulados pelas partes, em um procedimento que proporcione a igualdade de diálogo¹⁴.

⁹ PRADO, 2006, p. 75.

¹⁰ PRADO, *loc.cit.*

¹¹ LOPES JR., 2013, p. 107.

¹² PRADO, *op. cit.*, p. 77.

¹³ THUMS, 2006, p. 233.

¹⁴ PRADO, *op. cit.*, p. 156-157.

A publicidade também pode ser apontada como peculiar ao sistema acusatório, já que os atos dos sujeitos processuais devem ser integralmente conhecidos pela parte contrária, o que evidencia a vinculação deste modelo ao princípio do contraditório.¹⁵

O acusado, inserido no processo acusatório, é considerado sujeito de direitos e dotado de garantias, em igualdade de condições frente ao acusador, devendo ser protegido contra eventuais arbitrariedades atinentes à persecução penal¹⁶. Como consequência, a defesa é equiparada à acusação e tem a sua esfera de atuação ampliada, haja vista que todos os atos processuais demandam a presença do defensor¹⁷.

A efetiva separação entre acusador e julgador é uma característica fundamental para o modelo acusatório, uma vez que o juiz deve manter-se como espectador desinteressado e imparcial. Nesse sentido, aduz LUIGI FERRAJOLI:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção¹⁸.

A existência de parte independente incumbida da tarefa de acusar garante que o juiz se afaste para o centro do processo, preservando sua imparcialidade, que deve marcar o momento de avaliação das provas. O magistrado precisa ocupar posição equilibrada no processo em respeito ao princípio do juiz natural. Este pode ser entendido como a associação entre a exigência da clara indicação das regras do jogo e a imparcialidade da jurisdição¹⁹.

As partes devem confiar na isenção do juiz para a validade jurídica dos atos jurisdicionais, porque o devido processo legal apenas será assegurado quando ambas as teses – da acusação e da defesa – puderem ser suscitadas em igualdade de condições de convencimento do julgador²⁰.

Como destacado por LOPES JR., a inércia do juiz, característica do sistema acusatório, atribui significativa responsabilidade para as partes, uma vez que estas assumem o ônus de produção das provas necessárias à demonstração dos fatos. Nesse contexto, também é papel do Estado a estruturação de um serviço público de defesa tão bem organizado quanto o

¹⁵ PRADO, 2006, p. 158.

¹⁶ ZILLI, 2003, p. 38.

¹⁷ THUMS, 2006, p. 265.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

¹⁹ PRADO, *op. cit.*, p. 106-109.

²⁰ *Ibid.*, p. 111.

Ministério Público, com a intenção de garantir o mesmo grau de representação processual a todos os indivíduos²¹.

2.1.2 Sistema inquisitório

A partir do século XII, o sistema acusatório vai sendo substituído, paulatinamente, pelo sistema inquisitório ou inquisitivo²², que é marcado, em sua origem, pela concentração dos poderes processuais de perseguir, de acusar e de decidir nas mãos de um único órgão: o inquisidor. Precisamente em razão da centralização de poderes “é que o sistema inquisitório, historicamente, esteve associado a estruturas políticas igualmente centralizadas, como, por exemplo, nos diversos Estados absolutistas”²³.

As origens do sistema inquisitório remontam à *cognitio extra ordinem* do direito romano, que outorgava amplos poderes ao magistrado para investigar as infrações penais e julgar as causas²⁴. O processo da *cognitio extra ordinem* instituiu a tortura entre os romanos, como forma de obtenção de confissões pelos réus²⁵.

Durante a Idade Média, a jurisdição eclesiástica ganhou relevo, porquanto a Igreja passou a conceber o crime como um problema de salvação da alma, o que exigia o magistério punitivo para a penitência dos infiéis²⁶. O direito romano do Império representou a base jurídica inspiradora dos elementos estruturais da Inquisição do Santo Ofício, que, a partir do século XIII, sofisticou o sistema inquisitório para o direito canônico²⁷.

O método inquisitivo aprimorou-se nas jurisdições eclesiásticas como resposta à necessidade de repressão da heresia e do comportamento irregular dos membros do clero, que demandavam constante investigação pelas autoridades religiosas²⁸.

A promiscuidade entre o direito comum e o direito canônico era percebida na inexistência de separação entre crime e pecado, de maneira que muitos delitos comuns também eram considerados delitos religiosos. Dessa forma, o direito canônico invocou os

²¹ LOPES JR., 2013, p. 110.

²² *Ibid.*, p. 111.

²³ ZILLI, 2003, p. 39.

²⁴ PRADO, 2006, p. 77.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. I. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105- 106

²⁶ PRADO, *op. cit.*, p. 80.

²⁷ THUMS, 2006, p. 202.

²⁸ GOMES FLHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 21.

princípios do sistema inquisitivo e aperfeiçoou os procedimentos processuais da época às infrações que procuravam punir. A forma inquisitiva é característica dos estados de monarquia absolutista e do direito canônico, uma vez que foi apropriada para a repressão dos opositores e dos infiéis²⁹.

A Inquisição representou o apogeu do sistema inquisitório. Nas palavras de GILBERTO THUMS, foi “um terrível sistema concebido pela igreja católica para implantar o catolicismo no mundo ocidental, principalmente na Europa”³⁰.

O Manual dos Inquisidores, redigido por Nicolau Eymerich em 1376, determinava a dinâmica dos procedimentos adotados pela Inquisição, tendo sido criado para defender o dogma da fé da heresia. Esta podia ser entendida como tudo que contrariasse as tradições, rituais, ensinamento dos sacramentos e crenças católicas³¹.

A inquisição estava baseada na intolerância, decorrente da verdade absoluta de que a humanidade foi criada na graça de Deus, justificando o combate a qualquer custo da heresia, inclusive com o emprego da tortura e da crueldade³².

No modelo inquisitorial, vigorava o sistema legal de valoração da prova, também conhecido como tarifa probatória, segundo o qual a lei era responsável pela determinação do valor das provas destinadas à formação do convencimento judicial³³.

A busca da verdade real autorizava a realização de qualquer diligência e legitimava os poderes instrutórios do juiz, que tinha liberdade para intervir, coletar e selecionar o material probatório para o julgamento da causa³⁴. A confissão, vista como a prova mais valiosa, conferia validade à prisão do réu durante o processo, conforme registro de LOPES JR.:

Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia das provas)³⁵.

Evidencia-se que o procedimento inquisitório não priorizava a tutela dos direitos fundamentais dos réus, haja vista que a efetivação da segurança pública demandava o predomínio do poder de punir do Estado em detrimento da liberdade do indivíduo processado.

²⁹ THUMS, 2006, p. 202.

³⁰ *Ibid.*, p. 214.

³¹ *Ibid.*, p. 215.

³² LOPES JR., 2013, p. 114.

³³ THUMS, *op. cit.*, p. 205.

³⁴ LOPES JR., *op. cit.*, p. 112.

³⁵ *Ibid.*, p. 116.

O direito à defesa não era típico desse modelo processual, já que o acusado, presumidamente culpado, não merecia ser defendido e, no caso de réus inocentes, a defesa seria dispensável, pois o inquisidor seria capaz de descobrir a verdade para absolvê-los³⁶.

Em linhas gerais, podem ser apontadas como características do sistema inquisitório a centralização das três funções do processo penal – de acusar, de defender e de julgar – em um único sujeito; a assunção de posição secundária pelo acusador privado; o sigilo rigoroso do procedimento; a ausência de contraditório e de ampla defesa; a disparidade de poderes entre o juiz-acusador e o acusado; a atuação de ofício do julgador, que não precisa ser previamente invocado; prevalência da forma escrita; intensa liberdade para o juiz pesquisar e introduzir outros meios de prova³⁷.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO defende que o principal atributo do sistema inquisitório encontra-se na gestão da prova, conduzida essencialmente pelo juiz, que a recolhe secretamente, sob a aparente ilusão de que poderia informar-se sobre a verdade de todos os fatos penalmente relevantes³⁸.

O sistema inquisitório prevaleceu até finais do século XVIII e início do século XIX, momento em que a Revolução Francesa, os ideais iluministas e a concepção de valorização do homem passaram a influenciar o processo penal³⁹.

É claro que o sistema inquisitório apresenta, na atualidade, traços distintos do modelo delineado pela Inquisição e pela Justiça comum. Todavia, alguns institutos da tradição inquisitiva não foram completamente abolidos, tais como a indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal, as instâncias recursais, o caráter público dos órgãos de acusação e a motivação das decisões judiciais⁴⁰. Então, vê-se que a base ideológica do modelo antigo ainda invade sistemas modernos.

2.1.3 Sistema misto

A insatisfação com as formas essencialmente inquisitórias manifestada durante o Iluminismo disseminou a proposta de reestruturação do modelo processual até então

³⁶ THUMS, 2006, p. 203.

³⁷ PRADO, 2006, p. 87-88.

³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, n. 1, p. 33-43, jan. 1994, p. 38.

³⁹ LOPES JR., 2013, p.117.

⁴⁰ THUMS, *op. cit.*, p. 241.

predominante na Europa Continental⁴¹. Os movimentos desfavoráveis ao uso de tortura contra o ser humano, surgidos no século XVIII, anunciaram a irracionalidade do procedimento inquisitorial⁴².

Originou-se, então, o sistema processual misto, também denominado de napoleônico ou inquisitivo reformado, que integrou institutos próprios do sistema inquisitório e do sistema acusatório. O novo modelo processual foi consagrado pelo Código de Instrução Criminal francês de 1808, disseminando-se pelos códigos modernos com a expansão napoleônica⁴³.

O maior desafio do Código de 1808 era harmonizar uma persecução penal eficiente, característica da Inquisição, com o respeito à dignidade da pessoa humana. Por outro lado, uma relevante conquista do referido diploma francês foi a organização do Ministério Público, como detentor exclusivo da persecução penal nos casos de ação penal pública⁴⁴.

O novo sistema adotado na França disciplinava o processo penal em duas fases, segundo a lição de GERALDO PRADO:

Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou júri, com a controversa e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.⁴⁵

Como se depreende da citação acima, o procedimento misto delegou as funções de acusação e de julgamento a órgãos distintos, a partir da separação do processo em duas fases. A primeira delas era a fase preparatória da ação penal, voltada à investigação secreta de informações acerca do delito, sendo, portanto, nitidamente inquisitória. De outra sorte, a segunda fase era essencialmente acusatória e permitia a participação da acusação e da defesa, em um debate paritário e contraditório.

O sistema misto conferiu armas ao acusado para se opor à ação do Estado, através da proibição expressa de tortura. O novo modelo processual penal resguarda os princípios da

⁴¹ ZILLI, 2003, p. 41.

⁴² THUMS, 2006, p. 210.

⁴³ PRADO, 2006, p. 91.

⁴⁴ THUMS, *op. cit.*, p. 207,

⁴⁵ PRADO, *op. cit.*, *loc. cit.*

Inquisição, como a persecução penal pública, mas preza pelo respeito à dignidade da pessoa humana⁴⁶, a partir da existência de garantias processuais.

O sistema misto, reformado ou napoleônico é fruto da conjugação dos outros dois sistemas, mas carece de um princípio informador próprio, de forma que sempre será ou essencialmente inquisitório, com alguns traços do sistema acusatório, ou essencialmente acusatório, com algumas características do sistema inquisitório⁴⁷.

Constatada a inexistência, na atualidade, de sistemas puros na forma como foram idealizados, mostra-se imprescindível a identificação do princípio unificador dos sistemas processuais penais, para que se possa caracterizá-los.

2.2 Identificação do núcleo fundante: a gestão da prova

O reconhecimento do princípio informador é fundamental para a indicação da essência inquisitória ou acusatória de determinado modelo processual penal. No entanto, existe controvérsia na doutrina quanto à delimitação do núcleo fundante dos sistemas processuais. Alguns autores apontam que a separação das atividades de julgar e acusar é satisfatória para diferenciá-los. Por outro lado, parte da doutrina entende que a gestão ou a iniciativa probatória é o elemento que define a essência do modelo processual.

ADA PELLEGRINI⁴⁸, filiada à primeira corrente, aduz que há uma compreensão equivocada quanto ao significado do processo acusatório e do processo inquisitório. O sistema acusatório atribuiria a órgãos distintos as funções de acusar e de julgar. Já o sistema inquisitório seria caracterizado pela concentração daquelas funções em um mesmo órgão. A gestão da prova pelo juiz no processo penal, considerada isoladamente, não seria capaz de distinguir os sistemas processuais, pois o julgador não poderia ser um mero espectador passivo do litígio instaurado entre as partes.

Para ADA, os poderes instrutórios do juiz identificam o *inquisitorial system* do direito continental europeu e que se opõe ao *adversarial system* do direito anglo-saxão, no qual as partes dispõem das provas no processo penal. A diferenciação principal não seria de sistemas – acusatório e inquisitório –, mas sim de modelos, já que os sistemas acusatório e inquisitório,

⁴⁶ THUMS, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁷ COUTINHO, 1994, p. 36.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 27, julho-setembro/2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 72-73.

com suas qualidades próprias, poderiam adotar tanto o modelo *inquisitorial system* quanto o *adversarial system*”⁴⁹.

JACINTO COUTINHO filia-se à segunda posição, ao lecionar que o princípio unificador dos sistemas processuais é a gestão da prova e a forma pela qual ela é realizada. Todos os outros elementos, que podem ser emprestados de um sistema ao outro, devem ser considerados secundários⁵⁰.

Para o autor, o sistema inquisitório remete à extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, que recolhe a prova e designa sua produção. O juiz é visto como o senhor da prova, buscando os elementos probatórios guiado pela visão que possui do fato. Em contrapartida, no sistema acusatório, o magistrado tem a função primordial de garantir as regras do jogo, competindo às partes, em paridade de armas, a apresentação de provas lícitamente obtidas. Assim, um sistema processual só é alterado quando ocorre a mudança de seu princípio unificador, o que significa alterar o poder de gestão da prova pelo magistrado⁵¹.

AURY LOPES JR. também defende que a gestão da prova é o princípio unificador dos sistemas processuais penais. O autor admite que, ao lado do núcleo dos sistemas, existem elementos acessórios incapazes de desnaturar o fundamento do modelo processual. Dessa maneira, “o fato de determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado, etc., não lhe isenta de ser inquisitório”⁵².

Segundo LOPES JR., é reducionista a tentativa de diferenciação dos modelos processuais com foco exclusivo na separação entre acusador e julgador, dado o atual nível de desenvolvimento e de complexidade do processo penal. A constituição do modelo acusatório contemporâneo impõe que a gestão probatória esteja nas mãos das partes, porque a imparcialidade do juiz só existe quando este é afastado da atividade de investigação e de instrução⁵³.

Nesse cenário, adotamos o entendimento de que a gestão da prova é a característica fundamental para a apreensão dos sistemas processuais penais. O juiz deve ser visto como o destinatário da prova, uma vez que a adoção de postura ativa na busca de elementos

⁴⁹ GRINOVER, 2000, p. 71-72.

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. In: Boletim IBCCrim, v. 16, São Paulo, n. 188, p. 11-13, jul. 2008, p. 11.

⁵¹ *Ibid.*, p. 11-12.

⁵² LOPES JR., 2013, p. 125.

⁵³ *Ibid.*, p. 129.

probatórios compromete a imparcialidade da jurisdição e a inicial separação das atividades de acusação e de julgamento.

3 A GESTÃO DA PROVA

A prova pode ser considerada a “alma do processo”, visto que os recursos probatórios, além de servirem à formação do convencimento do juiz, cumprem a função de justificar a decisão adotada perante o corpo social. A prova possui um valor interno, como instrumento utilizado pelo magistrado para esclarecer os fatos, e um elemento vivificador, que permite a assimilação de valores e símbolos vigentes na sociedade pela atividade processual, gerando a adesão do grupo ao pronunciamento judicial resultante⁵⁴.

Os elementos probatórios produzidos no processo representam um instrumento de solução de conflitos sociais, eis que a atuação do juiz deve ser orientada pelo interesse de toda a sociedade, a quem deve prestar contas, para que as conclusões do procedimento sejam reconhecidas como válidas. Nessa perspectiva, é imprescindível que a formação do convencimento judicial observe determinados padrões e rituais, através dos quais a sociedade possa reconhecer-se⁵⁵.

A respeito da evolução dos conceitos de prova, vejamos o que afirma ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

As idéias vigentes sobre o fenômeno da prova judiciária não são uniformes, nem resultam de uma evolução constante e linear, mas representam, ao contrário, paradigmas referidos a sistemas concretos, sendo, em razão disso, fortemente condicionados por circunstâncias históricas e culturais.⁵⁶

Importante apontar que as concepções sobre o papel do processo e da prova estão intimamente ligadas aos objetivos traçados pelo próprio Estado. Portanto, em uma organização estatal que tenha por escopo a organização da vida dos indivíduos e a condução da sociedade, a atividade probatória será marcada pela função de maior investigação dos fatos. Em sentido oposto, um Estado interessado na manutenção do equilíbrio social, com a autodeterminação dos indivíduos, prezarão por um procedimento probatório menos influenciado pelos interesses estatais. Verifica-se, então, que a atividade probatória não é técnica ou neutra, mas é determinada por inúmeros fatores sociais, políticos, culturais, todos variáveis no tempo e no espaço⁵⁷.

⁵⁴ GOMES FILHO, 1997, p. 13.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 18-19.

3.1 Concepções e finalidades da prova

Etimologicamente, o termo *prova* origina-se do latim – *probatio* – e significa ensaio, verificação, exame, inspeção, argumento, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo *provar* – *probare* –, que significa ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, demonstrar, persuadir alguém a alguma coisa⁵⁸.

O vocábulo *prova* admite muitos conteúdos significativos, o que dificulta sua conceituação. A sua definição pode variar de acordo com o contexto em que a palavra é inserida. É claro que não constitui uma matéria exclusiva da ciência jurídica, pois é um instituto comum a todas as esferas da vida humana⁵⁹.

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO explica que o termo *prova* é empregado com variadas significações na terminologia processual. De forma mais ampla, significa o conjunto de atos realizados pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que fundamentarão as pretensões dos sujeitos processuais e do próprio pronunciamento judicial. Também pode fazer referência aos instrumentos pelos quais os dados relevantes são incorporados ao processo – meios de prova. Por fim, o termo *prova* pode indicar o resultado dessas atividades de reconstrução de uma realidade fática⁶⁰.

O processo penal, como instrumento de reconstrução aproximada de um determinado fato histórico, propõe-se a instruir o julgador e a proporcionar seu conhecimento sobre determinada realidade. Logo, as provas podem ser entendidas como os meios necessários para a reconstituição do fato passado, ou seja, o crime. Os elementos probatórios criam as condições para que o julgador exerça a atividade cognitiva da infração penal, que produzirá a certeza estabelecida na sentença⁶¹.

À vista disso, admite-se que a prova é o elemento instrumental utilizado pelas partes processuais na tentativa de influenciar o julgamento do magistrado⁶².

TOURINHO FILHO sustenta que a finalidade da prova consistiria na formação da convicção do julgador sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Com as

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 13.

⁵⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord). **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Juris Editora, 2000, p. 143.

⁶⁰ GOMES FILHO, 1997, p. 41-42.

⁶¹ LOPES JR., 2013, p. 535-536.

⁶² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 330.

provas, as partes procuram convencer o juiz de que os fatos existiram ou não, ou, então, de que ocorreram de uma determinada maneira⁶³.

Segundo a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, o propósito da prova seria a real configuração dos fatos sobre os pontos a serem julgados no processo. Por isso, o juiz poderia usufruir de poderes para determinar a produção dos meios probatórios que considere pertinentes à descoberta da verdade⁶⁴.

Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, uma vez entendida como a demonstração lógica da realidade, a prova teria o objetivo de produção do convencimento do juiz quanto à verdade processual, ou seja, aquela verdade que pode ser alcançada no processo. Nesse diapasão, seria indispensável o esforço das partes na apresentação de elementos viáveis para o convencimento dos órgãos do Poder Judiciário⁶⁵.

Observa-se que a noção de prova é comumente atrelada à de verdade, diante do papel do julgador de reconstrução dos acontecimentos pretéritos, com o propósito de aplicar o direito ao caso concreto. Desse modo, a atividade probatória parece cumprir a função de atestar a veracidade da reconstituição fática de um crime.

Com base nos ensinamentos de MICHELE TARUFFO, podemos agrupar as teorias sobre a verdade e as funções da prova em três grandes linhas⁶⁶.

A primeira concepção entende que a prova é algo que, na realidade, não existe ou que não é digno de ser considerado. A prova é vista como um *nonsense* para aqueles que acreditam ser ideologicamente, epistemologicamente ou praticamente impossível que a verdade dos fatos seja alcançada no processo de modo racional. Os elementos probatórios não serviriam para determinar os fatos, mas os seus procedimentos constituiriam ritos, análogos às representações sacras medievais, destinados a reforçar na opinião pública o convencimento de que o sistema processual implementa e respeita os valores positivos, como a paridade de armas e a correção do litígio. Assim, as provas e os seus respectivos procedimentos seriam meios para conferir aparência de legitimidade racional a um mecanismo teatral, cuja finalidade seria dissimular a realidade irracional e injusta das decisões judiciais. Nesse contexto, as provas serviriam para fazer crer que o processo determina a verdade dos fatos.

A segunda posição surge de forma clara no âmbito das concepções semióticas ou narrativas do processo, que partem da premissa fundamental de que o processo é uma situação

⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. III. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 220.

⁶⁴ MARQUES, 2000, p. 330.

⁶⁵ NUCCI, 2009, p. 16.

⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002, p. 80-87.

na qual se desenvolvem diálogos e se narram histórias. Apenas se considera relevante a dimensão linguística e narrativa do processo, enquanto que a eventual relação entre narração e realidade empírica não é importante ou possível. Os fatos ingressam no processo em forma de narração e são apreciados como pontos ou partes de narrações, não sendo conhecidos ou determinados como verdadeiros. As provas também são consideradas unicamente em sua dimensão linguística e narrativa como um pedaço da narração relativa aos fatos. Evidencia-se a função persuasiva da prova, pois cada advogado apresenta uma versão diferente do caso e o julgador, ao final, pronuncia as últimas palavras do diálogo com uma decisão que, sem fazer qualquer referência à veracidade das teses, assumirá uma das narrações suscitadas.

A terceira concepção assume a possibilidade de determinação da verdade dos fatos no âmbito do processo. Fundamenta-se na noção de que a decisão judicial pode e deve estar pautada na reconstrução verdadeira dos fatos da causa, recuperando o nexo instrumental entre prova e verdade, que está na base da concepção jurídica tradicional de prova. Apreende-se a prova como instrumento dotado de função específica no âmbito processual e a retira do terreno sem saída no qual tudo se reduz a uma indeterminada persuasão.

3.2 O ônus da prova

Segundo a lição de CARLOS FONSECA MONNERAT, ônus processual é a faculdade que uma parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato processual que lhe trará um benefício próprio. Em princípio, o exercício do ônus de natureza processual apenas impede uma situação desvantajosa da parte perante seu adversário⁶⁷.

Quando se afirma que um sujeito tem o encargo de provar algum fato, significa anunciar que ele é o responsável por sua demonstração, de forma a viabilizar o convencimento do julgador sobre a credibilidade de alguma circunstância do processo. O direito à prova integra o poder dispositivo da parte, de escolher a fonte, o meio de prova e a metodologia de sua busca⁶⁸.

No âmbito criminal, a parte acusadora concentra inteiramente a carga da prova, eis que a primeira afirmação no processo é feita na peça acusatória, seja ela a denúncia ou a queixa.

⁶⁷ MONNERAT, Carlos Fonseca. **Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro**. Santos: Comunnicar, 2006, p. 77.

⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15.

Ademais, a presunção de inocência institui um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que devem tratar o acusado como inocente, o que justifica a atribuição integral do encargo probatório à acusação⁶⁹.

Ao lado da presunção de inocência, encontra-se o princípio do *in dubio pro reo*, que reforça a atribuição da carga probatória ao órgão acusador, bem como a aludida regra de julgamento, segundo a qual é vedada a condenação do réu sem que sua culpabilidade tenha sido plenamente demonstrada. Caso não se comprove a certeza sobre a autoria e a materialidade do delito, a absolvição será medida impositiva⁷⁰.

A inexistência de carga probatória para a defesa é percebida na medida em que não se atribui um prejuízo direto ao acusado pela perda de uma chance probatória. Trata-se de assunção de riscos pela defesa, que, ao deixar de produzir prova sobre determinado fato, perde a chance de convencer o juiz da veracidade de sua alegação e, inegavelmente, potencializa o risco de uma sentença condenatória⁷¹.

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI observa que o ônus da prova possui dupla dimensão: formal e substancial. A dimensão formal refere-se à introdução das provas nos autos do processo, enquanto que a dimensão substancial diz respeito à aceitabilidade desse material probatório pelo julgador. Por conseguinte, não demonstrar de forma clara e segura corresponde à inexistência de provas. Nota-se que a acusação tem o dever substancial de propor meios de prova idôneos à límpida evidenciação da responsabilidade criminal do réu, a fim de superar qualquer espécie de dúvida sobre sua inocência⁷².

Então, para que se obtenha a condenação de qualquer acusado, impõe-se ao órgão acusador o aproveitamento de todas as chances do processo para liberar-se da carga probatória, constituída não apenas pelo encargo de provar a materialidade e autoria de um crime, mas também pela exigência de derrubar a presunção de inocência instaurada em favor do réu⁷³.

Desse modo, infere-se que a presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo* são determinantes para a distribuição do ônus probatório no processo penal, visto que a acusação assume o encargo de demonstrar a participação do réu no delito, enquanto que a defesa, que não possui o dever de provar a inocência do acusado, fica satisfeita com a existência de dúvida sobre sua culpa.

⁶⁹ LOPES JR., 2013, p. 549.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 550.

⁷¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁷² GIACOMOLLI, 2008, p. 16.

⁷³ LOPES JR., *op. cit.*, p. 552.

3.3 A busca da verdade no processo penal

A multiplicidade de significações que perpassam a definição de prova costuma ocasionar a associação direta do tema da prova ao da verdade, cuja conceituação também é problemática. A realidade é experimentada por cada pessoa de maneira única e a retratação desta realidade também ostenta um caráter particular e diferenciado para cada indivíduo.

NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA dispõe que a prova é o meio pelo qual o espírito humano se apropria da verdade. Portanto, a eficácia da prova está intimamente relacionada à crença produzida no espírito humano de que se alcançou a verdade⁷⁴.

A busca da verdade é intrigante e desafia os limites do conhecimento humano. No tocante à possibilidade de sua apreensão, frise-se o registro de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

O conhecimento da verdade pelo homem constitui questão própria da especulação filosófica, em cujos domínios inúmeras teorias se entrecrocaram há milênios: desde as posições cétricas, que excluem qualquer possibilidade de um saber absoluto, passando pelas doutrinas subjetivistas, psicológicas ou epistemológicas, que encaram a verdade como um estado de mente ou uma crença, até as correntes objetivas, lógicas ou ontológicas, que afirmam ser possível a ideia de verdade como correspondência entre os fatos, procuram-se repostas a esse problema fundamental e seguramente insolúvel.⁷⁵

A verdade ainda se encontra em processo de cognição pelo ser humano e possui grande carga emocional⁷⁶. Em que pese à dificuldade para a delimitação de seu conceito, a controvérsia sobre a possibilidade de obtenção da verdade dos fatos também é recorrente no âmbito do processo.

É comum no campo doutrinário a diferenciação entre verdade material ou real e verdade processual. A primeira seria a exata correspondência entre a realidade ocorrida e a reconstrução dos fatos passados componentes de uma relação material deduzida em juízo. Por sua vez, a verdade processual poderia ser entendida como a verdade adstrita aos limites do processo, aferida a partir das informações constantes dos autos e de provável correspondência com a realidade⁷⁷.

Para TOURINHO FILHO, o processo penal seria regido pelo princípio da verdade real, o que impediria a existência de qualquer limitação à atuação probatória, sob pena de

⁷⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013, p. 27.

⁷⁵ GOMES FILHO, 1997, p. 43.

⁷⁶ MONNERAT, 2006, p. 57.

⁷⁷ CHOUCKR, 2000, p. 144.

desvirtuação do interesse do Estado na justa aplicação da lei. O juiz criminal estaria obrigado a procurar, por si mesmo, a verdade dos acontecimentos, quando as partes não reconstruírem os fatos satisfatoriamente⁷⁸.

Nesse diapasão, JOSÉ FREDERICO MARQUES anota que a verdade real seria a *causa finalis* da instrução e do próprio processo, cabendo ao julgador a apreciação de dados e informações obtidos durante a instrução, a fim de reconstruir a situação concreta objeto de seu pronunciamento judicial. Aduz que, no processo penal moderno, o juiz deve participar dos atos de maior relevo da relação processual, admitindo-se a intervenção complementar e supletiva do órgão judiciário nas operações destinadas à apuração da verdade⁷⁹.

Contudo, não se pode ignorar que o princípio da verdade real viabilizou a propagação do modelo inquisitivo e da ideologia de que a revelação da verdade, como a principal meta do processo penal, estaria disponível aos órgãos estatais.

O Direito Antigo, atrelado aos poderes divinos, tinha sua legitimidade na crença em Deus, uma vez que os juízes e reis saberiam a verdade por inspiração divina. Mesmo após o predomínio da razão humana, vê-se que a ordem jurídica ainda precisa da tradição dos mitos para encontrar legitimidade. As decisões judiciais estão baseadas em mitos formados pela burocratização do sistema penal e voltados ao convencimento do povo. Os juízes alegam que formaram sua convicção após terem alcançado a verdade real, em nome de uma suposta segurança jurídica⁸⁰.

A verdade real, vista como fonte de validade da atividade jurisdicional, parece ser o único modo de fazer com que o povo acredite e respeite as decisões judiciais. De acordo com esta lógica, os magistrados teriam a função de convencer o jurisdicionado de que o Estado é capaz de fornecer respostas alicerçadas na verdade⁸¹.

Dessa maneira, constata-se que o mito da verdade real assume a função de legitimar os pronunciamentos judiciais, a partir da ideia de que a instrução probatória seria capaz de evidenciar a realidade fática de um evento passado. Nesse quadro, os poderes de iniciativa probatória do juiz ganham força, haja vista que este está autorizado a praticar qualquer diligência para a perfeita reconstrução de um delito.

Oportuno destacar que a busca da verdade material no processo constitui um equívoco, pois a reconstituição de um crime, como fato passado e histórico, será realizada através da

⁷⁸ TOURINHO FILHO, 1998, p. 225.

⁷⁹ MARQUES, 2000, p. 337-339.

⁸⁰ THUMS, 2006, p. 190.

⁸¹ *Ibid.*, 192.

memória e, portanto, nunca corresponderá à realidade, que só existe no momento presente. Nas palavras de LOPES JR:

Existe uma insuperável incompatibilidade entre verdade e o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, em que um juiz, no presente, julga um fato do passado, gerando efeitos para o futuro. O crime sempre é passado, logo, história, fantasia, imaginação. Depende, acima de tudo, da memória. Logo existe um obstáculo temporal insuperável para a tal verdade: o fato de o crime ser passado e depender da presentificação dos signos do passado, da memória, da fantasia e da imaginação.⁸²

Talvez a maior dificuldade enfrentada pelo juiz durante a formação de seu convencimento seja a impossibilidade de observação direta dos fatos, já que sempre reconstitui a realidade passada a partir de meios indiretos.

Os fatos pretéritos, que não são passíveis de experiência direta, serão constatados a partir de seus efeitos e consequências. Por isso, a atividade do julgador assemelha-se à do historiador, porque encontrará uma conclusão, que tem o valor de hipótese provável, após um raciocínio indutivo⁸³.

Dado o obstáculo temporal existente entre os fatos e a instrução probatória, a sentença judicial jamais conseguirá proferir juízos de certeza material. O subjetivismo das testemunhas, a precariedade das provas e os aspectos subjetivos do juiz tornam impossível a exata correspondência entre a verdade processual e a verdade material⁸⁴.

O exame dos elementos probatórios é condicionado pelas inúmeras limitações e fraquezas humanas, que tornam inútil a busca da verdade. As partes sempre apresentarão alegações e provas contraditórias, cabendo ao juiz selecionar a versão que mais lhe convence. É certo que tal escolha não é um processo neutro, já que ele também é influenciado por diversos fatores, como motivações pessoais, ideologias, sentimentos de justiça, preconceitos, etc.⁸⁵

A atividade do juiz, como toda reconstrução histórica, é seletiva. A interpretação dos fatos é orientada por interesses e pontos de vistas, levando o julgador a privilegiar algumas provas e a descuidar-se de outras. Assim, será induzido a evidenciar alguns fatos em lugar de outros e considerar relevantes apenas alguns aspectos do evento⁸⁶.

⁸² LOPES JR., 2013, p. 573.

⁸³ *Ibid.*, p. 568.

⁸⁴ THUMS, 2006, p. 196.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 195.

⁸⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 47.

No exercício de sua função, o magistrado, ainda que sem perceber, suprime muitos elementos pertinentes, além de perder inúmeros dados fáticos relativos à demanda, seja pela atuação das partes, que selecionam as informações favoráveis aos seus pedidos, ou até mesmo pela riqueza de detalhes do caso concreto.

FERRAJOLI esclarece que a verdade de qualquer teoria científica, argumentação ou preposição empírica é sempre uma verdade contingente e relativa ao estado de conhecimentos e experiências até então concretizados. Quando se afirma a verdade de certas proposições, “a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que delas possuímos”⁸⁷.

Impõe-se a superação do princípio da verdade real ou material no âmbito da dogmática jurídica. As demais ciências já perceberam que as evidências ou verdades científicas são provisórias e que se alteram de acordo com a evolução da tecnologia e da pesquisa. A verdade deve ser reduzida à mera verossimilhança, a um juízo de probabilidade, que não pode ser confundido com a essência da verdade⁸⁸, consoante observação de GILBERTO THUMS:

Qualquer análise das formas jurídicas evidencia ser impossível atingir a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre a forma de sua ocorrência, mas nunca a certeza absoluta. Primeiro, porque ao homem não é dado conhecer a verdade absoluta de um fato que está no passado, e esta talvez seja a única verdade. Segundo porque a verdade formal é uma espécie de reflexo no espelho, reconstituída por um sistema de provas, mas não é a verdade, é a probabilidade.⁸⁹

A impossibilidade de reconstituição perfeita de um evento passado não pode, por óbvio, justificar a existência de decisões arbitrárias e destituídas de fundamentação. Os pronunciamentos judiciais precisam estar amparados na verificação dos fatos levados ao processo, para que sejam reconhecidos como válidos e legítimos pelo corpo social.

É claro que a verdade não merece ser qualificada como desnecessária, sob pena de se defender um ceticismo relativista. Entretanto, é fundamental perceber que a verdade almejada no processo penal precisa estar desvinculada da tentativa inútil de reconstrução exata da realidade.

A certeza capturada pelo magistrado durante a instrução probatória é apenas uma verdade processual, contida nos limites da atividade dos sujeitos do processo. Como tal, é imperfeita e remete a uma realidade paralela e fragmentada, pois a reconstituição de um fato

⁸⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 42.

⁸⁸ THUMS, 2006, p. 196-197.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 194.

criminoso apenas pode contar com dados e informações sobre ele, mas os agentes, as emoções, a dinâmica fática e os inúmeros detalhes nunca serão fielmente reconstruídos⁹⁰.

No mesmo sentido é a lição de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, para quem o processo penal possui o irrenunciável objetivo de construção da verdade judicial, que pode ou não coincidir com a realidade histórica. Toda verdade judicial é uma verdade processual, diante de sua natureza exclusivamente jurídica, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes no estabelecimento de sua certeza⁹¹.

NUCCI esclarece que a certeza é sempre um aspecto subjetivo, que produz uma verdade igualmente subjetiva, podendo ser fiel ou não à realidade fática. A finalidade do processo não é a produção da verdade objetiva, mas gerar, no espírito do juiz, a certeza de que alcançou a verdade necessária para proferir a decisão. As partes assumem o compromisso de convencer o julgador de que os fatos ocorreram exatamente como o que foi demonstrado em suas alegações durante a instrução do processo⁹².

Dessa maneira, a realidade não constitui objeto da prova ou do processo, porque aquilo que efetivamente ocorreu no mundo naturalístico, com todos os detalhes, não pode ser reproduzido. O convencimento do magistrado pode ser verdadeiro ou errôneo, quando corresponder ou não à realidade, mas jamais será falso⁹³, conforme registro de NUCCI:

As partes devem saber demonstrar ao juiz a *verdade* dos fatos alegados, buscando gerar a convicção favorável ao seu interesse, embora todo o cenário criado possa ser distanciado da realidade. Quem *prova*, no processo, convence o juiz; assim fazendo, vence a disputa. Isso não significa que o resultado do processo deva ser, necessariamente, adequado e amoldado perfeitamente à realidade.⁹⁴

LOPES JR. defende que a obtenção da verdade não pode ser vista como a função do processo, pois esta concepção sempre legitimou a submissão do povo ao poder estatal e reforçou o papel divino do juiz, a partir da noção de que o julgador é portador da revelação da verdade. Sustenta que a sentença é “um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo legal”. O julgador cria, pela via do contraditório, a sua história do fato, escolhendo os elementos que julga válidos, e a sua conclusão poderá ou não corresponder à verdade⁹⁵.

⁹⁰ CHOUCKR, 2000, p. 145.

⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 322.

⁹² NUCCI, 2009, p. 14.

⁹³ *Ibid.*, p. 15.

⁹⁴ *Ibid.*, loc. cit..

⁹⁵ LOPES JR. 2013, p. 575-576.

Frise-se que LOPES Jr. não nega a verdade no processo penal, mas propõe o deslocamento do papel desempenhado por ela. A verdade seria contingencial e não estruturante do processo. A legitimidade da decisão encontraria amparo na observância do contraditório e do devido processo⁹⁶.

Diante do exposto, demonstra-se a necessidade de desmistificação da figura do juiz como “um ser sobrenatural, capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça”⁹⁷.

Não se pode mais admitir que o sistema jurídico caracterize os magistrados como seres divinos e simplesmente ignore todas as suas limitações inerentes à natureza humana. Apesar do real esforço por eles empreendido para o exercício isento da atividade jurisdicional, suas decisões sempre serão influenciadas por seus preconceitos, sentimentos, opiniões e experiências.

Tendo isso em vista, conclui-se que a instrução probatória apenas possibilita a sistematização de uma verdade processual, determinada pelas informações levadas ao processo pelas partes. Esta verdade, mesmo que não corresponda à realidade fática, será capaz de conferir legitimidade aos pronunciamentos judiciais através da observância dos princípios constitucionais incidentes no campo processual penal.

3.4 Os sistemas processuais penais e o papel do juiz

A verdade está atrelada a todas as formas de poder e, conseqüentemente, tem reflexos no exercício do poder político. A discussão sobre a verdade na ciência jurídica também repercute na outorga legal de poderes instrutórios ao julgador, e esta característica é fundamental para a estruturação dos sistemas processuais penais⁹⁸.

O sistema inquisitório elege a verdade como o mito fundante do processo e o ritual judiciário, marcado pela arquitetura dos tribunais, pelos juramentos e pela confissão do réu, reforça a concepção de que a verdade é uma revelação sagrada. São atribuídos poderes instrutórios ao juiz, que passa a fazer parte do mito como o portador de tal revelação⁹⁹.

⁹⁶ LOPES JR. 2013, p. 577.

⁹⁷ THUMS, 2006, p. 192.

⁹⁸ *Ibid*, p. 187.

⁹⁹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 574.

A pesquisa da verdade era uma obsessão do inquisidor e a confissão representava a melhor maneira de se alcançar a certeza a respeito dos fatos investigados¹⁰⁰.

No modelo inquisitorial, o juiz é visto como um ser intocável, insuspeito, ungido contra qualquer crítica, um ser que se sobrepõe aos demais agentes processuais, que possui mais poderes probatórios que as próprias partes. Logo, o magistrado possui legitimidade para, independentemente da vontade das partes, ouvir testemunhas não arroladas, decretar prisões, determinar meios de prova e até recorrer de suas próprias decisões¹⁰¹.

Revela-se o grave vício epistemológico do procedimento inquisitório, porquanto o inquisidor, comprometido com a tese de culpabilidade dos acusados, busca elementos capazes de demonstrar aquela verdade previamente determinada¹⁰². Nesse contexto, o juiz participa da coleta de elementos probatórios e, ao mesmo tempo, realiza a valoração dos meios de prova e da metodologia de sua busca como válidas, inexistindo regras quanto à apreciação das provas¹⁰³.

Por isso, a concentração da gestão probatória na figura do juiz deve ser qualificada como o elemento caracterizador do sistema inquisitório, eis que o mito da verdade real justifica a produção de provas por impulso oficial do magistrado.

Em contrapartida, o sistema acusatório não elege a verdade como aspecto estruturante do processo e as partes assumem a responsabilidade pelo convencimento do julgador, sem que este tenha o dever de revelar a verdade. As decisões judiciais constituem atos de convencimento decorrentes da atuação probatória da acusação e da defesa¹⁰⁴.

Para o modelo acusatório, a verdade processual é o resultado da correspondência entre a verdade fática, ou seja, resultante da prova dos fatos, e a verdade jurídica, decorrente da interpretação das normas que caracterizam o evento como infração penal¹⁰⁵.

O juiz, por sua vez, ocupa uma posição equidistante quanto às versões apresentadas pelas partes, que se enfrentam para a demonstração dos fatos. O julgador não apresenta predileção pela tese de culpabilidade do réu e assume que a condenação e absolvição são igualmente satisfatórias para a finalidade do processo¹⁰⁶.

¹⁰⁰ GOMES FILHO, 1997, p. 21-22.

¹⁰¹ GIACOMOLLI, 2008, p. 06.

¹⁰² GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰³ GIACOMOLLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁴ LOPES JR., 2013, 574.

¹⁰⁵ THUMS, 2006, p. 199.

¹⁰⁶ LOPES JR., *op. cit.*, p. 542.

A legitimidade da atividade jurisdicional é determinada pela efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa apresentem suas teses e provas, com a mitigação do subjetivismo presente em todo julgamento¹⁰⁷.

Verifica-se que o modelo processual acusatório é incompatível com a iniciativa instrutória do juiz, visto que sua atuação não pode ser orientada pela busca da inalcançável verdade real. As limitações inerentes às provas e os limites impostos pela subjetividade do magistrado exigem que a gestão probatória esteja nas mãos das partes.

A efetivação de um processo acusatório e democrático demanda o fim da crença na onipotência do conhecimento jurídico para a reconstrução de um evento histórico¹⁰⁸. A qualificação do juiz como um sujeito neutro desconsidera, por completo, os inúmeros fatores pessoais e psicológicos que afetam o momento de valoração das provas.

É inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, a obtenção unilateral da verdade, sem a observância de princípios e de regras constitucionais, como bem observa LOPES JR.:

Aos juízes não lhes compete o papel de inquisidores, de guardiões da segurança pública e responsáveis pela “limpeza social”, como muitos – até inconscientemente – pensam ser. O papel do juiz no processo penal é de guardião da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais do réu a ele submetido. Daí por que não lhes incumbe, democraticamente, a missão de reveladores da verdade.¹⁰⁹

A formação da decisão judicial é uma atividade complexa, que envolve muitos aspectos cognoscitivos e valorativos, ligados à prova das circunstâncias fáticas e à regra jurídica aplicável ao caso. Os elementos probatórios constantes dos autos serão apreciados pelo julgador, que, antes de tudo, é um ser humano e cuja atuação está limitada pelas regras jurídicas estabelecidas¹¹⁰.

Daí decorre a relevância da fundamentação das decisões judiciais. Segundo NICOLA FRAMARINO MALATESTA, a motivação da sentença é o meio prático pelo qual a sociedade consegue controlar o convencimento do juiz, que não pode estar fundado em meras apreciações subjetivas¹¹¹.

A fundamentação torna possível a exata diferenciação entre a decisão arbitrária e aquela que respeita as regras de legalidade probatória, tendo em vista que deve evidenciar

¹⁰⁷ PRADO, 2006, p. 35-36.

¹⁰⁸ LOPES JR., 2013, p. 575.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 580.

¹¹⁰ GIACOMOLLI, 2008, p. 26-28.

¹¹¹ MALATESTA, 2013, p. 66-68.

todas as etapas percorridas pelo julgador para chegar à decisão final, indicando o conteúdo das provas em que se amparou e o raciocínio que utilizou para apreciá-las¹¹².

Nessa perspectiva, não se pode concordar com o discurso de grande parte da doutrina brasileira no sentido de que o processo penal rege-se pela verdade real. Como visto, tal concepção autorizou as práticas inquisitoriais e toda a barbárie a elas vinculadas. É fundamental assumir que o processo nunca conseguirá capturar a verdade como um todo, cabendo às decisões judiciais o respeito aos princípios e às regras garantidoras do Estado Democrático de Direito¹¹³.

A atual configuração do processo penal brasileiro precisa se desvincular de qualquer traço inquisitório. Dessa forma, a necessidade de reformulação de muitos institutos ligados à gestão da prova, especialmente daqueles relacionados à iniciativa probatória do juiz, será objeto de análise do próximo capítulo.

¹¹² GOMES FILHO, 1997, p.164-165.

¹¹³ COUTINHO, 1999, p. 136.

4 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

4.1 A linha inquisitorial probatória do Código de Processo Penal de 1941

O Código de Processo Penal Brasileiro foi promulgado pelo Decreto-Lei nº 3.689, em 03 de outubro de 1941, tendo como inspiração a legislação processual italiana da década de 1930¹¹⁴, elaborada durante o regime fascista.

O novo Código não se distanciou das tradições legislativas brasileiras, pois preservou o inquérito policial, tal como concebido no Império através da reforma de 1871. Também consolidou o caráter contraditório da instrução probatória, promoveu a completa separação das funções de acusação e de julgamento e restringiu a competência do Tribunal do Júri¹¹⁵.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Brasileiro revela o anseio punitivo que marcou a elaboração da nossa legislação processual. Veja-se:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.

Fica claro que se priorizava a tutela da segurança pública em detrimento da liberdade individual, com a fixação de uma fase investigatória fortemente inquisitorial, que ocasionou a ampliação dos poderes dos agentes policiais. Também era orientado pela presunção de culpabilidade, já que a existência de uma ação penal em desfavor do réu gerava a antecipação de sua culpa. O acusado era tratado como potencial culpado, principalmente em caso de prisão em flagrante¹¹⁶.

Nessa senda, buscava-se restringir a aplicação do princípio *in dubio pro reo* e ampliar a noção de delito para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva passou a ser um dever imposto ao magistrado em certos casos, em nome da efetivação da justiça penal.

¹¹⁴ O Código de Processo Penal Italiano de 1930, conhecido como Código Rocco, possuía perfil essencialmente inquisitorial. O acusado era presumidamente culpado e sobre ele recaía a regra da prisão. O Ministério Público era equiparado ao juiz e a defesa era considerada desnecessária (GIACOMELLI, 2008, p. 07).

¹¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual Penal**, v. I. 2 ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 111.

¹¹⁶ OLIVEIRA, 2009, p. 06-07.

A pena abstratamente cominada ao delito podia gerar, após o recebimento da denúncia, a decretação automática da prisão preventiva do acusado, bem como impedir a restituição de sua liberdade, mesmo diante de uma sentença absolutória¹¹⁷.

No Código de Processo Penal da década de 40, inexistia um conjunto claro de regras acerca da sistemática probatória, principalmente dos meios de prova e dos limites impostos à sua admissibilidade, o que evidencia sua forte tendência inquisitorial¹¹⁸.

A indispensável busca da verdade real viabilizou a instalação de práticas autoritárias e abusivas pelos poderes públicos, além de ter legitimado a exacerbação ilimitada do poder de iniciativa probatória do julgador. O interrogatório do réu era considerado, exclusivamente, como meio de prova, realizado nos moldes inquisitivos, sem a intervenção das partes, admitindo-se, inclusive, a condução coercitiva do acusado¹¹⁹.

Os magistrados desfrutavam do poder de iniciativa de provas complementares e supletivas, seja no curso da instrução criminal, ou ao final dela, no momento em que fossem proferir a sentença.

De acordo com a Exposição de Motivos do novo Código, o juiz não seria mais um mero espectador inerte da produção probatória, passando a intervir na atividade processual, não apenas para conduzir a ação penal e julgar ao final, mas também para determinar de ofício a produção de provas que considerasse relevantes para o esclarecimento da verdade. Desse modo, o magistrado não poderia aplicar o princípio *in dubio pro reo*, enquanto não fossem exploradas todas as fontes de provas.

O modelo inquisitorial herdado da tradição italiana podia ser notado pela leitura do artigo 156 do CPP¹²⁰, que facultava ao juiz, durante a instrução ou antes de proferir a sentença, determinar diligências para sanar dúvidas sobre algum ponto relevante para o processo.

A permissão legal para que o magistrado produzisse provas de ofício caracteriza-se como um traço inquisitório, fundamentado na presunção de culpabilidade do réu. O simples recebimento da denúncia já seria suficiente para a demonstração da responsabilidade do agente, sendo autorizadas todas as diligências necessárias para a comprovação dessa certeza previamente estabelecida.

¹¹⁷ OLIVEIRA, 2009, p. 05.

¹¹⁸ GIACOMOLLI, 2008, p. 05.

¹¹⁹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 07.

¹²⁰ Art. 156 do CPP/1941: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

4.2 A eleição constitucional do sistema acusatório

Enquanto o Código de Processo Penal de 1941 adotava uma perspectiva nitidamente autoritária, apoiada na presunção de culpabilidade e periculosidade do réu, o texto constitucional implantou um amplo sistema de garantias individuais e de direitos fundamentais¹²¹.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Entende-se que a dignidade não é algo acidental e nem mutável conforme o tempo e espaço, mas é uma qualidade perene e inerente a todo ser humano¹²².

A premissa de que o Estado de Direito encontra-se assentado na dignidade da pessoa humana provoca relevantes consequências jurídicas, até mesmo na seara criminal, porque impede a instrumentalização do ser humano, que deve ser reconhecido como sujeito de direitos. Trata-se do princípio que embasa a ordem jurídica, bem como todos os direitos, garantias e deveres fundamentais¹²³.

A nossa Constituição, ao privilegiar o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem, indica que o Estado existe em função de todas as pessoas, pois é o próprio homem que constitui o Estado¹²⁴. Dessa forma, o ser humano sempre será mais importante do que as instituições estatais.

A nova ordem constitucional passou a idealizar o processo como instrumento de garantia do indivíduo frente ao Estado, deixando de ser mero veículo de aplicação da lei penal voltado para a segurança pública¹²⁵.

A dignidade da pessoa humana, como fonte jurídica positiva dos direitos fundamentais, também limita a intervenção estatal, na medida em que proíbe que o indivíduo, ainda que réu ou condenado em algum processo, seja tratado como objeto pelas instâncias judiciais. O processo, a pena e o cárcere não podem possibilitar a degradação humana e a mitigação de sua essência¹²⁶.

O texto constitucional também indicou a situação jurídica de quem ainda não teve a sua responsabilidade reconhecida por sentença transitada em julgado, ao estabelecer, em seu

¹²¹ OLIVEIRA, 2009, p. 09.

¹²² GIACOMOLLI, 2008, p. 10.

¹²³ *Ibid.*, p. 11.

¹²⁴ THUMS, 2006, p. 103.

¹²⁵ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 08.

¹²⁶ GIACOMOLLI, *op. cit.*, p. 11.

artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A presunção de inocência, princípio reitor do processo penal, possui conceituação muito complexa. Todavia, pode ser definida como um dever de tratamento, que atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Quanto à dimensão interna ao processo, a presunção de inocência gera o dever de tratamento por parte do juiz e da acusação, que não poderão tratar o réu como se fosse culpado, antes de uma sentença condenatória definitiva. Em razão disso, atribui-se, integralmente, o ônus probatório ao órgão acusador, pois o acusado não possui o encargo de afastar a pretensão acusatória. No tocante à dimensão externa ao processo, a presunção de inocência institui limites à publicidade e à estigmatização precoce do acusado perante o corpo social, evitando-se a exorbitante exploração midiática da infração penal¹²⁷.

A Constituição da República de 1988 instituiu o direito ao silêncio (art. 5º, LXVIII, CF). Daí decorreu o direito de não produzir prova contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*. É importante dizer que o direito ao silêncio engloba todas as formas de condutas que possam ocasionar a autoincriminação, como, por exemplo, a reconstituição de um delito ou intervenções corporais invasivas¹²⁸.

Segundo o texto constitucional (art. 5º, LX, CF), a publicidade dos atos processuais é impositiva, mas pode ser restringida para a defesa da intimidade ou do interesse social. Tal regra também vale no âmbito das provas, o que torna inadmissível a produção probatória de forma sigilosa e misteriosa¹²⁹.

O Ministério Público foi concebido como uma instituição independente, estruturada em carreira, com a atribuição da defesa da ordem jurídica, o que indica que o seu papel não se esgota com a promoção dos interesses exclusivos da acusação¹³⁰.

O objetivo traçado pela nova ordem constitucional é a instauração de um processo penal garantidor da efetiva igualdade entre as partes, realizado a partir da instrução contraditória, perante o juiz natural da causa, com a participação da defesa técnica. A decisão judicial deve ser proferida de forma motivada, a fim de garantir a possibilidade de sua impugnação perante o órgão recursal competente¹³¹.

¹²⁷ LOPES JR., 2013, p. 230.

¹²⁸ GIACOMOLLI, 2008, p. 13.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁰ OLIVEIRA, 2009, p. 08.

¹³¹ OLIVEIRA, *loc. cit.*

Não há unanimidade na doutrina no que concerne à opção constitucional pelo modelo processual acusatório, uma vez que inexistente referência expressa ao princípio acusatório, assim como ocorreu nas Constituições de Portugal e da Espanha. Por esse motivo, THUMS afirma que “faltou coragem ao Constituinte de 1988 para dar um passo tão importante na área do processo penal”¹³².

No entanto, a interpretação sistemática do texto constitucional evidencia sua consagração, já que a valorização da dignidade da pessoa humana, que é pressuposto básico do sistema acusatório, é considerada o princípio fundante do Estado brasileiro.

Ademais, o texto constitucional prevê regras determinantes do modelo processual acusatório, como o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, I), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX)¹³³.

No âmbito jurisprudencial, a eleição do sistema acusatório pela Constituição de 1988 já foi reconhecida até mesmo em precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹³⁴ e do Supremo Tribunal Federal¹³⁵.

No Recurso em Habeas Corpus nº 23.945/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado que a CRFB/88 prestigiou o sistema acusatório através da implantação de um Estado Democrático de Direito. Vejamos trechos do voto proferido pela ministra JANE SILVA, de importância crucial para os fins deste estudo:

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 o sistema inquisitório, típico de países totalitários, cedeu lugar ao Estado Democrático de Direito que preconiza por um processo de partes, com os atos processuais sendo praticados sob a égide das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estas sim, aptas a efetivar direitos fundamentais de liberdade, vida e dignidade do homem.

[...]

Ainda que os crimes investigados sejam graves, que os membros da suposta quadrilha estejam organizados de tal forma a dificultar a elucidação correta dos fatos

¹³² THUMS, 2006, p. 240.

¹³³ LOPES JR., 2013, p. 223.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 23.945/RJ**. Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG). Sexta Turma. Brasília, 05 fev. 2009. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 16 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 63.790/RJ**. Relator Ministro Paulo Gallotti. Sexta Turma. Brasília, 17 out. 2006. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico: 26 nov. 2007.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília, 21 mai. 2014. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 115015**. Relator Ministro Teori Zavascki. Segunda Turma. Brasília, 27 ago. 2013. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 12 set. 2013.

pelo Estado, a garantia do indivíduo, de se ver julgado por órgão imparcial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não pode ser esquecida, sob pena de todos nós pagarmos o preço mais caro de retorno ao sistema inquisitório.

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104/DF, reconheceu a escolha inequívoca do texto constitucional pelo sistema acusatório. Confirma-se, a propósito, um trecho do voto do ministro relator ROBERTO BARROSO:

Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial –, criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 29, inciso I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do *Parquet* para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica pode ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

Para GERALDO PRADO, a eleição do sistema acusatório é uma decorrência natural da adoção do princípio democrático pelo Estado. A separação dos poderes, como mecanismo de concretização da soberania popular, tem reflexos na orientação epistemológica e normativa das ações desenvolvidas pelas esferas legislativa e judicial¹³⁶.

Frente a toda argumentação exposta, conclui-se que a análise sistemática da Constituição de 1988 demonstra a adoção do modelo processual acusatório, mesmo que de forma implícita. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais pelo texto constitucional deve orientar a elaboração e a aplicação das demais normas a partir de uma perspectiva acusatória do processo penal.

Frise-se que a implantação do sistema acusatório também repercute na atuação dos órgãos estatais envolvidos na persecução penal, exigindo dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público a devida observância das garantias individuais dos sujeitos processados.

¹³⁶ PRADO, 2006, p. 34.

4.3 Alterações legislativas de 2008 acerca das provas

Dentre os vários projetos de reforma do Código de Processo Penal apresentados em 2001, três deles foram aprovados, após sete anos de tramitação. Desse modo, em 2008, as Leis nº 11.689 e 11.690 e 11.719 conferiram novos ajustes à legislação processual penal.

Tais alterações, contudo, não se desligaram da base epistemológica e política da legislação processual da década de 40, remanescendo o predomínio do *ius puniendi* sobre o direito de liberdade, a busca incansável da verdade real, até mesmo com a atuação *ex officio* do juiz, e os traços inquisitoriais contrários à Constituição Federal¹³⁷.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO sustenta que as mudanças legislativas constituíram reformas parciais, incapazes de corrigir o núcleo do problema, que está no princípio inquisitivo do nosso ordenamento jurídico. É evidente o absoluto descompasso entre a inspiração fascista do nosso Código e o devido processo legal e constitucional adotado pela atual Constituição da República, democraticamente promulgada¹³⁸.

O Código de Processo Penal está impregnado de regras inquisitoriais, uma vez que a gestão da prova encontra-se, primordialmente, nas mãos do juiz, visto como o senhor do processo¹³⁹.

Nessa perspectiva, a conformação da legislação brasileira ao sistema acusatório, que foi implicitamente acolhido pela CRFB/88, mostra-se extremamente árdua. Existe um apego à verdade e ao seu tratamento legal, pois o legislador, com base no mito da verdade real, outorga amplos poderes ao juiz na busca de elementos para sua decisão, que deve ser o retrato da realidade fática¹⁴⁰.

A Lei 11.690/2008 promoveu alterações nos artigos 155 a 159, 201, 210, 212 e 217 do CPP.

Primeiramente, convém registrar que não havia disposição no Código de Processo Penal da década de 40 acerca da ilicitude das provas. Porém, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI, já havia estabelecido que “são inadmissíveis, no processo, as provas adquiridas por meios ilícitos”. A nova redação do artigo 157 do CPP¹⁴¹ apenas consolidou a aludida

¹³⁷ GIACOMOLLI, 2008, p. 01.

¹³⁸ COUTINHO, 2008, p. 11.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴⁰ THUMS, 2006, p. 192.

¹⁴¹ Art. 157 do CPP: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

regra em âmbito infraconstitucional. Entretanto, o referido artigo também criou restrições não impostas pela Constituição, ao admitir provas derivadas das ilícitas, quando não existir nexo de causalidade entre elas ou quando as derivadas puderem ser adquiridas por uma fonte independente¹⁴².

Vale anotar que o §4º do artigo 157 do CPP foi objeto de veto presidencial. Este dispositivo previa que o juiz que tivesse contato com o conteúdo da prova declarada inadmissível não poderia proferir sentença ou acórdão. Como bem explicado por JACINTO COUTINHO, o objetivo do veto foi imprimir celeridade ao julgamento do processo, “mesmo que o preço para tanto seja aviltar a democracia processual-constitucional”¹⁴³.

Ademais, verifica-se que o legislador reforçou a valoração judicial dos elementos colhidos durante a fase de investigação, sem o contraditório.

O antigo artigo 157 do CPP¹⁴⁴ estipulava que o juiz deveria formar sua convicção pela livre apreciação das provas, que, assim entendidas, só podem ser produzidas em contraditório judicial. Todavia, a nova redação conferida ao artigo 155 do CPP¹⁴⁵ viabilizou a apreciação, pelo julgador, de elementos informativos colhidos durante a investigação, desde que tais elementos não constituam o único fundamento da decisão judicial.

A apreciação judicial de dados coletados durante a fase de investigação preliminar implica a desvirtuação do sistema acusatório e da essência do processo penal, já que o contraditório, com a efetiva participação da defesa, é o traço que diferencia o processo dos demais procedimentos¹⁴⁶. Nas palavras de GIACOMOLLI:

O art. 155 do CPP, ao permitir que o magistrado fundamente sua decisão, mesmo que subsidiariamente, em atos de investigação, e não em atos de prova, representa uma afirmação da inspiração inquisitorial de processo penal. Desta forma, o legislador sacramentalizou o que vinha ocorrendo na praxis judiciária, ou seja, na consideração dos elementos escolhidos na fase inquisitorial para condenar o acusado. Autoriza o referido dispositivo a utilização pelo juiz, no momento de sua

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

¹⁴² COUTINHO, 2008, p. 12.

¹⁴³ COUTINHO, *loc. cit.*

¹⁴⁴ Art. 157 do CPP/1941: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

¹⁴⁵ Art 155 do CPP/1941: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹⁴⁶ GIACOMOLLI, 2008, p. 21.

decisão, dos elementos colhidos sem o contraditório judicial, de forma supletiva. Essa valoração ultrapassa a mera possibilidade de contaminação do que foi produzido sob o contraditório judicial, pelos elementos inquisitoriais, e alcança a consideração direta destes.¹⁴⁷

Por outro lado, o exame do artigo 156 do CPP, com a redação conferida pela Lei nº 11.690/08¹⁴⁸, indica que a prova da alegação será atribuída a quem a fizer. No entanto, como já destacado, o ônus probatório no processo penal está sempre concentrado na parte acusadora, que deve demonstrar a autoria e a materialidade do delito.

Por essa razão, a defesa possui apenas a oportunidade de evidenciar, através do contraditório, suas alegações e produzir contraprovas das teses afirmadas pela acusação. Importante dizer que as teses defensivas nunca serão afastadas pela insuficiência probatória defensiva e nem as da acusação serão acolhidas pela carência de prova defensiva¹⁴⁹.

O inciso I do artigo 156 do CPP torna claro o modelo inquisitorial adotado pelo legislador de 2008, pois permite que o juiz ordene a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal. Vê-se que a alteração legislativa ampliou os poderes probatórios do magistrado, que poderá atuar, independentemente de provocação, antes da formalização da pretensão acusatória pelo Ministério Público.

Convém acentuar que o julgador não é o responsável por tutelar a qualidade da investigação, uma vez que, sobre ela, não será exercida jurisdição, ressalvadas determinadas provas urgentes. A coleta do material probatório na fase inquisitorial é de interesse exclusivo do responsável pelo ajuizamento da ação penal. O conhecimento judicial sobre os elementos de prova deve estar limitado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional¹⁵⁰.

É injustificável, sob a perspectiva do sistema acusatório, o envolvimento do juiz nos autos da investigação, para analisar a qualidade dos elementos informativos pesquisados, determinar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já empreendidas ou, inclusive,

¹⁴⁷ GIACOMOLLI, 2008, p. 22.

¹⁴⁸ Art. 156 do CPP/1941: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹⁴⁹ GIACOMOLLI, op. cit., p. 08.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, 2009, p. 10-11.

interferir na atuação do órgão ministerial, com o propósito de possibilitar a formação da *opinio delicti*¹⁵¹.

A intervenção judicial ainda na fase de investigação “é algo completamente anômalo, a ser expurgado do ordenamento jurídico, sob pena de violação das regras básicas pertinentes à distribuição de funções, com a garantia para o acusado da imparcialidade do seu julgador”¹⁵².

Outra situação completamente diferente refere-se ao necessário controle pelo juiz das medidas constritivas de direitos fundamentais realizadas na fase de investigação.

Como se sabe, ainda na etapa preparatória da ação penal, são adotadas diversas providências que inauguram as relações jurídicas cautelares, como, por exemplo, a busca domiciliar, a prisão temporária e preventiva e a apreensão de coisas. Nessas hipóteses, exige-se o conhecimento judicial das referidas medidas cautelares, para que os direitos fundamentais dos investigados sejam devidamente respeitados¹⁵³.

Noutro giro, também não se pode atribuir validade constitucional ao inciso II do artigo 156 do CPP, que faculta ao juiz, no curso do processo, a iniciativa probatória para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

No processo penal, a existência de dúvida exige a absolvição do acusado, em face do princípio *in dubio pro reo*. A realização de qualquer diligência, nesse caso, revela a aderência do órgão jurisdicional ao interesse da acusação e ofende a presunção de inocência do acusado, pois ocasionaria a produção de provas desfavoráveis à defesa.

Feitas essas considerações, nota-se que o atual artigo 156 do CPP representa uma evidente afronta ao processo legal, formal e substancialmente. A nova redação é ainda pior que o preceito derogado, já que, anteriormente, entendia-se que o julgador não participava da colheita das provas durante a fase inquisitorial¹⁵⁴, como bem explica JACINTO COUTINHO:

Agora, sem embargo, o texto é mais honesto se medido em relação à realidade que se vive, deixando claro o absurdo fascista das entranhas do sistema, inclusive em relação ao próprio magistrado. Afinal, permite-lhe expressamente, nas duas fases da persecução, ordenar *ex officio* a produção de provas (os fundamentos suprem-se retoricamente a partir de conceitos indeterminados como necessidade, adequação, proporcionalidade e – pior – “dúvida sobre ponto relevante”) e, depois, cobra-se dele, a partir da base constitucional, equidistância e equilíbrio na condução do

¹⁵¹ PRADO, 2006, p. 175.

¹⁵² Ibid., p. 179.

¹⁵³ Ibid., p. 181.

¹⁵⁴ COUTINHO, 2008, p. 12.

processo (ainda confundido, em 2008, com ação penal) e no acerto do processo.¹⁵⁵

A ampla liberdade de iniciativa probatória justifica, em muitas hipóteses, a substituição do Ministério Público pela atuação do julgador, o que inviabiliza, por completo, a paridade de armas no processo penal.

Nota-se que a autorização legal para que o magistrado determine de ofício a produção de provas, bem como a realização de diligências que julgar necessárias para dirimir suas dúvidas, permite que o juiz atue como parte no processo penal, exercendo uma atividade que não é sua. Esta permissão não se compatibiliza com o sistema acusatório, já que é encargo da acusação a coleta de material probatório suficiente para amparar uma eventual sentença condenatória.

4.4 O descompasso entre a legislação infraconstitucional e o modelo acusatório

A Constituição Federal de 1988 elegeu o modelo acusatório de processo penal, nos moldes adotados pelos sistemas jurídicos modernos, com a implantação de um sistema de amplas garantias individuais e com a nítida separação das funções de acusação e de julgamento. Entretanto, o sistema infraconstitucional vigente, em especial o Código de Processo Penal, apresenta traços claramente inquisitivos, visto que o juiz continua gerenciando os elementos probatórios, estando autorizado a praticar atos que conduzem à condenação do acusado¹⁵⁶.

Com efeito, mostra-se insuficiente a separação inicial das atividades de acusar e de julgar, quando se permite, ao longo do procedimento, que o magistrado participe ativamente da busca de provas ou pratique atos típicos do órgão acusador, como a determinação, *ex officio*, de exame de corpo de delito complementar (art. 168 do CPP), de sequestro (art. 127 do CPP) e de busca e apreensão (242 do CPP), bem como a realização de interrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196 do CPP), a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes (art. 209 do CPP) e a condenação do acusado nos casos em que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385 do CPP)¹⁵⁷.

¹⁵⁵ COUTINHO, 2008, p. 12.

¹⁵⁶ THUMS, 2006, p. 303.

¹⁵⁷ LOPES JR., 2013, p. 122.

Nesse contexto, vê-se que as limitações impostas ao juiz quanto à condução e à disposição da prova constituem o traço fundamental para a diferenciação dos sistemas processuais¹⁵⁸. Ou se admite que o juiz realize a gestão da prova, optando-se pelo sistema inquisitório, ou se permite que as partes disponham dos elementos probatórios, elegendo-se o sistema acusatório.

Ficou claro que o sistema processual penal brasileiro, produzido durante o período de ditadura e de guerra mundial, possui muitas regras processuais que não foram recepcionadas pela Constituição¹⁵⁹. Todavia, a cultura jurídica existente no país ainda não assimilou a opção constitucional pelo sistema acusatório, o que inviabiliza, até o momento, a adaptação do autoritário Código de Processo Penal de 1941.

A dogmática tradicional continua sendo influenciada pelo ranço da política penal e de defesa social, que representa o maior desafio à consolidação dos princípios fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito e ao modelo acusatório¹⁶⁰. É preciso reconhecer que a adequada aplicação da lei não deve estar voltada aos ideais proclamados pela opinião pública, que costuma ser manipulada pela mídia ou, até mesmo, movida por interesses político-econômicos¹⁶¹.

Assim, evidenciada a matriz inquisitória do processo penal brasileiro, exige-se a realização de uma filtragem constitucional daqueles dispositivos que violam o sistema acusatório. A estrutura da legislação processual penal deve ser conformada à nova ordem constitucional vigente, eliminando-se os inconvenientes inquisitoriais que ainda persistem em nosso sistema¹⁶².

A interpretação das regras processuais precisa estar amparada na Constituição. Ao juiz, responsável pela efetivação do texto constitucional, incumbe adaptar as leis processuais conforme o sistema acusatório ou, se for o caso, deixar de aplicar aquelas normas que ofendam a Constituição e os direitos fundamentais por ela estabelecidos¹⁶³.

Desse modo, a reforma do sistema processual penal brasileiro é medida que se impõe, uma vez que a concretização do princípio acusatório exige a formulação de um novo Código, que se harmonize com os princípios constitucionais democráticos dirigidos à proteção do acusado durante a persecução penal.

¹⁵⁸ THUMS, 2006, p. 303.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 78.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 93-94.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 305.

¹⁶² LOPES JR., 2013, p. 127.

¹⁶³ PRADO, 2006, p. 49.

5 INICIATIVA INSTUTÓRIA DO JUIZ E PRINCIPIOLOGIA

5.1 Princípios e garantias processuais penais constitucionais

O sistema jurídico é integrado por um conjunto de normas organizadas e estruturadas a partir de um texto fundamental, a Constituição, que pode ser definida como a concreta maneira de ser de um Estado, quanto aos seus aspectos político, jurídico, sociológico ou sistemático. No texto constitucional estão previstas as estruturas conceituais, os princípios fundamentais, os objetivos estatais e a ordem econômica, política e social de um Estado¹⁶⁴.

JOSÉ FREDERICO MARQUES aponta que a Constituição de um país contém os pilares institucionais e políticos de toda a legislação ordinária. Em razão de sua preeminência na sistemática das normas legais, a carta constitucional não só traça preceitos que servem de fontes formais para inúmeros domínios da regulamentação jurídica, como também indica diversas características de fontes materiais em que o legislador encontra inspiração para a elaboração de regras destinadas à disciplina legal das relações e dos fatos sociais¹⁶⁵.

O texto constitucional subordina o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade e ainda submete todo o ordenamento normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de qualquer imperativo jurídico. Portanto, a conformidade da lei com a Constituição é o que a torna válida¹⁶⁶.

No âmbito do processo penal, o papel desempenhado pela Constituição e pelas garantias constitucionais está atrelado à imposição de controles e limites ao Estado na condução da persecução penal. As garantias do processo, que são amparadas pelas normas constitucionais, são imprescindíveis para a tutela dos direitos fundamentais do homem¹⁶⁷.

A estrutura do processo penal, como litígio entre partes, ocasiona o total desprezo da forma inquisitiva de procedimento, uma vez que o acusado não pode ser visto como mero objeto de investigação, mas sim como sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações no procedimento destinado a verificar a procedência ou não da pretensão punitiva estatal¹⁶⁸.

Sendo assim, adquire extrema importância o reconhecimento de que os princípios constituem o alicerce da ordem constitucional, representando o fundamento irrenunciável de toda norma e de toda decisão judicial.

¹⁶⁴ THUMS, 2006, p. 77.

¹⁶⁵ MARQUES, 2000, p. 75- 76.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.76-77.

¹⁶⁷ THUMS, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁸ MARQUES, *op.cit.*, p. 82.

O sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito precisa de uma ordem axiológica de princípios fundamentais que oriente o legislador na edição de leis infraconstitucionais e os intérpretes na aplicação dessas normas. Os princípios permitem o direcionamento da ordem jurídica e impedem que os aplicadores do Direito apenas reproduzam as concepções manipuladas pela dogmática conservadora¹⁶⁹.

Pode-se afirmar que os princípios atribuem vida ao texto constitucional, porquanto são responsáveis pela escolha de valores essenciais, que guiarão a interpretação das normas. Oportuno ressaltar que a Constituição da República aponta as diretrizes da estrutura processual, ao assentar diversos direitos e garantias referentes à persecução penal, que, inegavelmente, são decorrentes de princípios fundamentais¹⁷⁰. A este respeito, assim se pronunciou GERALDO PRADO:

Parece evidente que, se é possível encontrar na Constituição da República as diretrizes da estrutura processual, tais diretrizes concebem-se certamente como decorrentes dos princípios fundamentais do Estado de Direito e da Democracia, com a divisão e controle de poderes, ao lado da publicidade, e dos princípios-garantias, vinculados à exigência de juiz imparcial, do exercício privativo da ação penal pública pelo Ministério Público, da garantia da ampla defesa (autodefesa e defesa profissional ou técnica e da prescrição da atividade de polícia judiciária a determinados órgãos, consistindo estas diretrizes em subprincípio derivado daqueles estruturantes, relacionados aos dois citados, como, indiscutivelmente, o princípio da separação de poderes.¹⁷¹

A relação processual penal deve desenvolver-se a partir da estrutura democrática adotada pela Constituição e instrumentalizada em conformidade com os princípios constitucionais, de forma a viabilizar o adequado usufruto dos direitos de ação e de defesa, “na busca da justa solução do conflito de interesse penal ou do caso penal”¹⁷².

O sistema de normas constitucionais, somado aos recursos da hermenêutica, oferece condições para que a interpretação das normas aplicáveis ao caso concreto respeite a preponderância dos princípios que asseguram direitos fundamentais¹⁷³. Logo, qualquer lei ordinária e até mesmo emenda constitucional que esteja em conflito com tais princípios não deverá ser aplicada pelo juiz, haja vista que o texto constitucional é a fonte de validade de todas as normas inferiores¹⁷⁴.

¹⁶⁹ THUMS, 2006, p. 94.

¹⁷⁰ PRADO, 2006, p. 59.

¹⁷¹ PRADO, *loc. cit.*

¹⁷² *Ibid.*, p. 44.

¹⁷³ THUMS, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 105.

Todavia, importante sublinhar que muitos princípios previstos na Constituição de 1988 ainda não são plenamente respeitados em nosso ordenamento jurídico, uma vez que diversas leis de perfil inquisitorial continuam sendo aplicadas, em evidente violação aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, passaremos a identificar algumas garantias constitucionais no âmbito do processo penal, com o objetivo de confrontar a iniciativa instrutória do juiz com princípios constitucionais e seus respectivos corolários.

5.2 Princípio acusatório

Como visto, muito embora a nossa Constituição não contenha previsão expressa sobre a opção pelo princípio acusatório, a interpretação sistemática do texto constitucional evidencia a consagração do aludido princípio.

Inicialmente, importante ressaltar que democracia e sistema acusatório compartilham a mesma base epistemológica, referente à valorização da dignidade da pessoa humana. No fundamento do processo penal democrático encontra-se o sistema acusatório, que concede ao juiz a função de prestador da jurisdição e não a de agente de investigação ou de acusação¹⁷⁵.

Além disso, uma série de regras estampadas no texto constitucional confirma sua filiação ao princípio acusatório, pois são praticamente inconciliáveis com o sistema inquisitório.

Assim, tem-se a atribuição da titularidade do exercício da ação penal pública ao Ministério Público, a garantia do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, bem como a de que todos os acusados sejam considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória e que seu julgamento seja realizado por juízes competentes e imparciais¹⁷⁶.

Identificando o sistema acusatório, GILBERTO THUMS leciona que:

Pode-se designar o sistema acusatório como um complexo de normas e princípios fundamentais ordenadamente dispostos a partir de um princípio basilar, que é o princípio acusatório. Baseia-se na divisão de tarefas na persecução penal,

¹⁷⁵ THUMS, 2006, p. 250.

¹⁷⁶ PRADO, 2006, p. 195.

apresentando um acusador, um defensor e um órgão julgador. Todos independentes e com clara definição de seus papéis, estando as partes em posição de igualdade.¹⁷⁷

A diferenciação entre os sistemas processuais dá-se através de seus princípios unificadores, que são determinados pelo critério de gestão da prova. Uma vez constatada a finalidade do processo de reconstrução de um fato pretérito, a forma pela qual se realiza a instrução probatória é o elemento que identificará o princípio informador¹⁷⁸.

De fato, o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, caracteriza-se pela extrema concentração de poder nas mãos do juiz, que detém a gestão da prova. Nesse sistema, o acusado é mero objeto da investigação e visto como detentor da verdade de um delito. Por sua vez, o sistema acusatório, informado pelo princípio dispositivo, atribui a gestão da prova às partes, cabendo ao juiz, com base exclusivamente nos elementos probatórios produzidos no processo, aplicar o direito ao caso concreto¹⁷⁹. Logo, a gestão da prova está concentrada nas mãos das partes e, mais especificamente, a carga probatória está centralizada no órgão acusador, assegurando-se a imparcialidade do juiz¹⁸⁰.

Vale destacar que a determinação do papel e da colocação institucional do julgador é variável de acordo com o caráter acusatório ou inquisitório do sistema processual penal. No modelo acusatório, assume-se que o juiz é um sujeito passivo e rigidamente separado das partes. O julgamento é um debate paritário desenvolvido entre a acusação, que detém o ônus da prova, e a defesa, mediante um contraditório público e oral. Já no sistema inquisitório, o magistrado realiza, de ofício, a procura, a colheita e a avaliação das provas, proferindo o julgamento após uma instrução escrita e secreta, que limita ou exclui o contraditório e os direitos da defesa¹⁸¹.

Diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que os estruturam, nota-se que o modelo constitucional acusatório contrapõe-se ao sistema inquisitório adotado pelo Código de Processo Penal. Esta realidade cria a necessidade de interpretação cautelosa dos dispositivos que conferem poderes instrutórios ao juiz, com a finalidade de evitar a ruptura da estrutura dialética do processo penal.

O julgador não pode desencadear ou provocar sua própria jurisdição, devendo aguardar a provocação do órgão acusador. Autorizar a iniciativa instrutória do juiz, no sentido

¹⁷⁷ THUMS, 2006, p. 237.

¹⁷⁸ COUTINHO, 1999, p. 110.

¹⁷⁹ COUTINHO, *loc.cit.*

¹⁸⁰ LOPES JR., 2013, p. 224.

¹⁸¹ FERRAJOLI, 2002, p. 452.

de buscar a prova e decidir a seu respeito, viola o princípio acusatório e o monopólio da ação penal pública, atribuída ao Ministério Público pela CRFB/88. A existência de um órgão estatal, organizado e estruturado por lei, em quadro de carreira, com a função de promover a ação penal pública, já indica, por si só, a impossibilidade de assunção do papel de acusador pelo juiz. O interesse público do processo no tocante à acusação esgota-se na atuação do Ministério Público, que é o único interessado pela pretensão acusatória e seus limites¹⁸².

O princípio acusatório exige que o juiz se preserve na qualidade de expectador passivo e desinteressado, em função da proibição *ne procedat iudex ex officio*. A partir do momento em que se atribui a gestão da prova ao magistrado, tem-se um sistema inquisitório com a presença de um juiz-ator¹⁸³.

Portanto, a efetivação de um sistema informado pelo princípio acusatório impõe a vedação a qualquer tipo de ativismo probatório pelo juiz, com vistas à estruturação de um Poder Judiciário independente, formado por julgadores preocupados com o respeito às garantias reconhecidas na Constituição Federal.

5.3 Imparcialidade da jurisdição

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio supremo do processo e fundamental para seu regular andamento, que assegura ao julgador a posição de terceiro supraordenado às partes ativa e passiva¹⁸⁴.

O princípio da imparcialidade funciona como o propósito a ser conquistado pelo julgador no exercício da jurisdição, razão pela qual são criados mecanismos capazes de assegurá-lo. É essencial o reconhecimento de que a imparcialidade é uma garantia, tanto para quem exerce a jurisdição, como para quem demanda perante ela¹⁸⁵.

De acordo com MARCOS ZILLI, a imparcialidade é um resultado natural do devido processo legal e de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, de forma que a atividade jurisdicional apenas será legítima quando for conduzida por um juiz equidistante das partes processuais¹⁸⁶.

¹⁸² THUMS, 2006, p. 252.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 251.

¹⁸⁴ LOPES JR., 2013, p. 177.

¹⁸⁵ COUTINHO, 1999, p. 117.

¹⁸⁶ ZILLI, 2003, p. 140.

Ademais, constitui uma qualidade inerente à jurisdição, reconhecida como um direito humano assegurado por diversos documentos internacionais, caracterizando-se pelo desinteresse subjetivo do julgador pela lide processual. O juiz, que fica impedido de servir aos interesses pessoais de alguma das partes, deve exercer sua atividade com isenção, sem aceitar que elementos externos influenciem o conteúdo da decisão do caso colocado a julgamento¹⁸⁷.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já apontou, ainda na década de oitenta do século passado, que os poderes investigatórios do juiz não se compatibilizam com a função de julgamento, já que acarretam a violação da imparcialidade da jurisdição.

No caso *Piersack vs. Bélgica*¹⁸⁸ de 1982, examinou-se a confusão entre as funções de acusar e de julgar. Na hipótese, Christian Piersack apresentou uma demanda contra o Estado belga alegando que não teria sido julgado por um tribunal independente e imparcial, visto que um juiz integrante do órgão judiciário responsável pelo julgamento já havia atuado, anteriormente, como órgão do Ministério Público perante o qual os fatos foram investigados.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu que a imparcialidade é definida pela ausência de “pré-juízos” e apresenta um aspecto subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo refere-se à convicção pessoal do juiz sobre um determinado caso concreto. Já a imparcialidade objetiva corresponde à verificação da situação do juiz, que deve oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.

No caso em comento, o Tribunal europeu concluiu que existiam razões legítimas para que Piersack duvidasse da isenção do juiz, que não deveria ter conhecido o caso. Portanto, reconheceu que o Estado belga violou o artigo 6.1 da Convenção de Direitos Humanos, responsável pela garantia da imparcialidade do julgador.

No caso *De Cubber vs. Bélgica*¹⁸⁹ de 1984 também se analisou a possibilidade de um juiz participar do julgamento de um processo do qual havia sido responsável pela investigação criminal. Neste caso, De Cubber invocou a violação ao disposto no artigo 6.1 da Convenção de Direitos Humanos, pois havia sido condenado por um Tribunal composto, entre outros, pelo juiz que comandara a investigação dos fatos na fase preliminar.

No mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assentou que a acumulação das funções de investigação e de julgamento é motivo suficiente para a quebra da

¹⁸⁷ ZILLI, 2003, p. 140.

¹⁸⁸ Caso “Piersack vs. Bélgica”, julgado em 01 de outubro de 1982, Série A, n. 53.

¹⁸⁹ Caso “De Cubber vs. Bélgica”, julgado em 26 de outubro de 1984, Série A, n. 86.

confiança do réu na imparcialidade do julgador, pois constitui ofensa ao aspecto objetivo da imparcialidade.¹⁹⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já tratou dos aspectos subjetivo e objetivo da imparcialidade da jurisdição.

No *Habeas Corpus* nº 94641¹⁹¹, julgado em 11/11/2008, a Turma, por maioria de votos, concedeu, de ofício, a ordem de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, a fim de anular o processo desde o recebimento da denúncia, em razão da ofensa à garantia da imparcialidade da jurisdição. No caso, o paciente foi denunciado e condenado pela prática de atentado violento ao pudor contra sua própria filha, porque teria praticado com ela, em muitas ocasiões, atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Durante procedimento oficioso de investigação de paternidade promovido pela filha do paciente para a averiguação da identidade do pai da criança, levantaram-se indícios de que ela poderia ter sido violentada pelo paciente. O juiz que conduzia tal procedimento, durante vários dias, intimou testemunhas, colheu depoimentos e enviou um relatório ao Ministério Público. Este, em seguida, ofereceu denúncia contra o paciente. Ocorre que a inicial acusatória foi recebida pelo mesmo juiz da ação investigatória de paternidade, que, baseado nos fatos por ele apurado, presidiu toda a instrução e proferiu sentença.

Observa-se que o magistrado colheu pessoalmente os elementos informativos que sustentaram a denúncia e, mais tarde, conduziu toda a ação penal baseada nos mesmos fatos, vindo a proferir sentença condenatória. Dessa forma, o julgador atuou na produção das provas e cognição dos fatos nas duas fases processuais.

O voto-vista do ministro CEZAR PELUSO destacou que o julgador, ao conduzir e julgar a ação penal, jamais conseguiria desvincular-se das impressões pessoais adquiridas durante a investigação oficiosa de paternidade. Ressaltou que o conteúdo das decisões do magistrado evidenciava a forte influência das percepções gravadas na instrução preliminar, visto que estavam repletas de remissões aos atos da investigação prévia e de opiniões já anteriormente expostas sobre os fatos.

¹⁹⁰ Oportuno destacar a observação realizada por Aury Lopes Jr. (2013, p. 181) quanto à posterior oscilação da jurisprudência do TEDH, principalmente na década de 90, no sentido de flexibilizar o entendimento de que os poderes investigatórios do juiz violam a garantia de imparcialidade. Como ressaltado pelo autor, os casos analisados remontam ao início da década de 80, época marcada pelo predomínio do modelo de juizado de instrução (juiz-instrutor/inquisidor), no qual o um mesmo juiz investigava e julgava. Dessa forma, as decisões citadas evidenciam um problema que não mais existe no modelo atual dos principais sistemas processuais penais europeus, visto que houve o abandono do modelo de juizado de instrução.

¹⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94641. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Brasília, 11 nov. 2008. Publicação: 06 mar. 2009.

O ministro CEZAR PELUSO considerou que houve quebra da imparcialidade objetiva, que funciona como cláusula elementar do princípio constitucional do justo processo da lei, de modo a ocasionar o impedimento para que o referido magistrado exercesse a jurisdição:

Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação *de imparcialidade objetiva*, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se *objetiva*, porque não provém da ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (*imparcialidade dita subjetiva*), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta de isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.

Explicou que a imparcialidade objetiva é exigência primária do devido processo legal, na medida em que o processo jurisdicional, que tem por pressuposto de validade absoluta a efetiva realização da promessa constitucional de ser justo, não pode existir desvinculado do predicado da imparcialidade da jurisdição.

Com efeito, verifica-se que a atribuição de poderes investigatórios ou instrutórios ao juiz compromete a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a paridade de armas e a imparcialidade da jurisdição¹⁹², pois permite que o órgão jurisdicional realize inúmeros prejudgamentos acerca do material probatório.

O recolhimento de provas pelo magistrado, em qualquer fase, é um grave erro que provoca a antecipação do convencimento judicial. Quem investiga elementos probatórios já sabe o que pretende encontrar e isso, no âmbito do processo penal condenatório, representa uma inclinação comprometedora da imparcialidade do julgador¹⁹³, como acentuado por GERALDO PRADO:

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto de reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará,

¹⁹² LOPES JR., 2013, p. 178.

¹⁹³ PRADO, 2006, p. 137.

normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.¹⁹⁴

Percebe-se que a consagração do juiz inquisidor autoriza que o magistrado forme seu convencimento ainda durante a fase de instrução do processo, ao determinar a produção de provas, e depois, no momento da sentença, apenas formalize esta decisão previamente assumida. Tal ativismo judicial representa uma afronta ao sistema acusatório e à exigência da imparcialidade do julgador, o qual precisa manter-se afastado da gestão probatória, para que conquiste o alheamento necessário ao exercício da função jurisdicional.

5.4 Presunção de inocência e *in dubio pro reo*

O estado de inocência ou presunção de inocência configura um princípio básico do Estado Democrático de Direito no que tange às garantias processuais penais. Também é elemento estruturante de todo sistema processual com pretensões garantistas, sendo responsável pelo surgimento de direitos subjetivos públicos a serem exercitados em face do Estado¹⁹⁵.

Segundo FERRAJOLI¹⁹⁶, a presunção de inocência decorre do princípio de submissão à jurisdição, porque, se esta pode ser entendida como a atividade necessária para a obtenção da prova de que um sujeito cometeu uma infração penal, até que tal prova não seja produzida, mediante um juízo regular, nenhum delito poderá ser considerado cometido e nenhum sujeito poderá ser reputado culpado, nem submetido à pena.

O jurista italiano explica que é um princípio fundamental de civilidade, corolário de uma opção garantista favorável à tutela da imunidade dos inocentes, mesmo que se corra o risco da impunidade de algum culpado, eis que, para o corpo social, o mais importante é que todos os inocentes sejam protegidos. A presunção de inocência representa uma garantia de liberdade, de verdade e de segurança, assegurada pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça e no controle do arbítrio punitivo.

¹⁹⁴ PRADO, 2006, p. 137.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 174.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 441.

Nessa senda, FERRAJOLI afirma que o temor dos indivíduos quanto à atuação dos juízes é um sinal da quebra de legitimidade política da jurisdição. Quando um réu inocente tem motivos para desconfiar de um juiz, está-se fora da lógica inerente ao Estado de Direito, pois a falta de segurança de um inocente indica “a falência da jurisdição penal e ruptura dos valores que a legitimam”¹⁹⁷.

A origem da presunção de inocência remonta à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao prever, em seu artigo 9º, que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser reprimido pela lei”.

No Brasil, a presunção de inocência apenas foi reconhecida como garantia fundamental constitucional a partir da Constituição Federal de 1988¹⁹⁸. Atualmente, o princípio também é assegurado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, referente à Carta de Adesão ao Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe, em seu artigo 8º, II: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove legalmente sua culpa [...]”.

A afirmação do princípio da presunção de inocência implica várias consequências quanto à aplicação das normas processuais pelos agentes estatais. Primeiramente, exige-se extrema cautela na análise das hipóteses de decretação de prisão cautelares, porque o processo não pode funcionar como uma forma de punição antecipada do réu¹⁹⁹.

A presunção de inocência também está intimamente vinculada ao tratamento do réu durante o processo penal²⁰⁰, eis que, a partir da noção de que ele é inocente, devem-se restringir ao máximo as medidas que mitigam seus direitos no decorrer da persecução penal. Esta garantia também impõe, especialmente ao julgador, o dever de evitar a exposição do réu a constrangimento ou medida cautelar humilhante. Em razão disso, o magistrado assume a obrigação de manter uma postura “negativa”, no sentido de não considerá-lo culpado, e uma postura “positiva”, para tratá-lo como inocente²⁰¹.

Por outro lado, a incidência do princípio afeta diretamente o âmbito probatório, já que concede o ônus da prova à parte acusadora, que é a responsável pela demonstração da materialidade e da autoria da prática delitiva.

¹⁹⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 441.

¹⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

¹⁹⁹ THUMS, 2006, p. 155-156.

²⁰⁰ GOMES, op. cit., p. 23.

²⁰¹ LOPES JR., 2013, 228.

No tocante à valoração da prova, emerge outro princípio importante: o *in dubio pro reo*. Este princípio determina que o juiz absolva o réu sempre que o órgão acusador, após a regular instrução processual, não conseguir coletar elementos probatórios suficientes para a segura demonstração da responsabilidade do imputado²⁰². Dessa forma, em caso de dúvida, preserva-se integralmente o estado de inocência do réu.

Nesse sentido, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser potencializada na aplicação das regras processuais, especialmente com relação à carga da prova e às regras de tratamento do réu²⁰³.

Consoante o exposto, insta destacar que não cabe ao juiz a produção de provas ou a realização de diligências para dirimir eventuais dúvidas sobre o caso concreto. A iniciativa instrutória do julgador, nesse contexto, significa clara ofensa à presunção de inocência e ao princípio *in dubio pro reo*, visto que autoriza a coleta de provas voltadas, unicamente, ao interesse da acusação.

O amadurecimento da nossa cultura jurídica, no que diz respeito à efetiva assimilação da presunção de inocência, permitirá que o ônus probatório no processo penal esteja totalmente concentrado no órgão acusador, pois não se pode admitir que o juiz participe ativamente da instrução probatória de um caso sobre o qual exerce jurisdição.

5.5 Igualdade processual ou paridade de armas – *par conditio*

A exigência de tratamento igualitário a todos os indivíduos é um princípio fundamental presente em Convenções Internacionais e nas Constituições. Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da igualdade está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza²⁰⁴.

No âmbito processual, o referido princípio é entendido como a paridade de armas ou *par conditio* e significa a exigência de tratamento isonômico e igualitário para os agentes no processo²⁰⁵.

²⁰² THUMS, 2006, p. 156.

²⁰³ LOPES JR., *op. cit.*, p. 229.

²⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

²⁰⁵ THUMS, *op. cit.*, p. 133.

A igualdade processual assegura o mesmo tratamento para todos que se encontram na mesma posição jurídica, assim como ocorre entre a acusação e a defesa. Por isso, a legislação procura corrigir as desigualdades pessoais, atribuindo determinadas prerrogativas para quem estiver em condição de desvantagem²⁰⁶.

O princípio da igualdade processual consiste, portanto, no equilíbrio de forças entre o acusado e órgão acusador, com o objetivo de garantir que ambas as partes tenham as mesmas oportunidades para a demonstração de suas alegações.

É fundamental perceber que as relações desenvolvidas no processo penal são evidentemente desiguais. O Estado, ainda que inserido no cenário do devido processo legal, está em posição de vantagem, já que exerce as funções de investigação, de acusação e de julgamento²⁰⁷.

Em razão desse desequilíbrio fático, justifica-se a existência de regras processuais dirigidas à proteção do indivíduo durante a ação penal, a exemplo do princípio *in dubio pro reo* e da proibição da *reformatio in pejus*²⁰⁸, que tentam amenizar a desigualdade de armas entre a defesa e os agentes persecutórios.

A respeito disso, ANTONIO SCARANE FERNANDES recorda que o dever de tratamento paritário não pode impedir que, em determinadas ocasiões, confira-se tratamento especial para uma das partes com o objetivo de compensar eventuais desigualdades. Nessa linha, assevera que as regras que conferem tratamento diferenciado para o acusado não ofendem o princípio da isonomia, porque buscam suprir a situação de inferioridade do réu diante do Ministério Público²⁰⁹.

Ademais, saliente-se que a posição vantajosa ocupada pelo Estado em relação ao acusado estabelece o dever de observância das limitações legais pelos órgãos públicos, para que estes não exerçam suas funções de forma abusiva.

O sistema processual de um Estado Democrático de Direito precisa estar dotado de garantias tendentes a limitar o poder de atuação dos órgãos de repressão e a proteger os réus de eventuais excessos estatais, assegurando-lhes um processo justo²¹⁰. A necessidade de controle do poder abusivo integra o núcleo de um modelo processual garantista, ao assegurar

²⁰⁶ THUMS, 2006, p. 133.

²⁰⁷ OLIVEIRA, 2004, p. 158.

²⁰⁸ THUMS, *op. cit.*, p. 134.

²⁰⁹ FERNANDES, 2000, p. 51.

²¹⁰ THUMS, *op. cit.*, p. 285.

que as sentenças judiciais sejam afirmadas através de atividades cognitivas e, por consequência, consigam revelar um verdadeiro saber²¹¹.

Nesse cenário, nota-se que a iniciativa instrutória do juiz no curso da ação penal viola o princípio da igualdade processual, porque permite que dois órgãos estatais – o Ministério Público e o julgador – investiguem e produzam provas voltadas à confirmação dos fatos descritos na peça acusatória. E o maior problema reside no fato de que um deles ainda será o responsável pelo julgamento do processo, que estará revestido de informações que ele mesmo coletou.

Como ficou assentado no presente trabalho, não é papel do julgador suprir a atuação insatisfatória do Ministério Público quanto à reunião de provas suficientes para a condenação do réu, uma vez que o órgão ministerial é a instituição competente para promover com exclusividade a ação penal pública.

A observância do equilíbrio processual torna injustificável a produção de provas pelo magistrado, tendo em vista que a parte acusadora, e não o juiz, é quem detém o encargo processual de evidenciar a culpabilidade do réu. Em caso de dúvida sobre ponto relevante da demanda após a regular instrução do processo, a absolvição do acusado é medida impositiva, não sendo aceitável qualquer atuação judicial supletiva na coleta de material probatório acerca da participação do acusado na infração penal levada a julgamento.

²¹¹ OLIVEIRA, 2004, p. 168.

6 CONCLUSÃO

A íntima relação existente entre o processo penal e a estrutura do Estado faz com que as regras e as garantias fundamentais de um ordenamento jurídico variem conforme o sistema processual adotado. Da mesma maneira, o papel desempenhado pelo juiz durante a ação penal também é determinado pelo caráter acusatório ou inquisitório do modelo processual penal.

Embora a separação inicial das funções de acusação e de julgamento seja uma característica relevante para a estruturação dos sistemas processuais, verificou-se que a gestão da prova é o elemento essencial para identificá-los. Nesse sentido, ficou claro que o sistema misto, formado pela conjugação de características dos outros dois sistemas, carece de um princípio informador próprio, de modo que sempre será um modelo essencialmente acusatório ou inquisitório.

O sistema inquisitivo é caracterizado pela extrema concentração de poderes instrutórios na figura do juiz. Este exerce o papel de senhor da prova, sendo responsável por sua produção. Em contrapartida, o sistema acusatório deve ser entendido como aquele que atribui a gestão da prova às partes, afastando o julgador da atividade investigativa e probatória.

O tema da verdade na ciência jurídica também é fundamental para a caracterização dos sistemas processuais penais, eis que produz reflexos na atribuição de poderes instrutórios ao magistrado. O mito da verdade real, sobre o qual se estrutura o procedimento inquisitório, legitima a produção de provas de ofício pelo julgador, a partir da concepção de que o processo serviria à perfeita reconstrução dos fatos investigados. Assim, são ignoradas as limitações inerentes à natureza humana do juiz, exigindo-se dele a revelação de todos os detalhes da prática delitiva.

A efetivação de um sistema acusatório, por sua vez, impõe o reconhecimento de que a verdade não constitui aspecto estruturante do processo penal, na medida em que as partes são as responsáveis pelo convencimento do juiz, sem que este assuma o dever de evidenciar a verdade dos fatos. A legitimidade da atividade jurisdicional encontra fundamento na observância dos direitos e das garantias fundamentais, cabendo ao magistrado proferir suas decisões de acordo com as provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório.

Nesse contexto, vale ressaltar a notória discrepância existente no ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, tem-se a eleição do modelo acusatório de processo penal pela Constituição Federal de 1988, que privilegiou a dignidade da pessoa humana como uma das bases da República Federativa do Brasil. De outra sorte, a legislação infraconstitucional

vigente, especialmente o Código de Processo Penal, ainda apresenta traços essencialmente inquisitórios, já que o juiz permanece com amplos poderes instrutórios, podendo, até mesmo, praticar atos típicos da parte acusadora, como a condenação do réu nos casos em que o Ministério Público tenha requerido a absolvição.

Como analisado, o processo penal precisa estar amparado na estrutura democrática implantada pela Constituição e, sobretudo, deve ser lido à luz dos princípios e garantias constitucionais. Dessa forma, é importante que a atuação do julgador esteja direcionada à materialização do princípio acusatório, o qual impede que o juiz pratique atos típicos de partes processuais.

De fato, mostra-se insuficiente a existência de um órgão ministerial independente, autônomo e com as mesmas garantias da magistratura, em um cenário marcado pela ampla iniciativa instrutória do juiz. Tal liberdade probatória provoca, em muitas situações, a atuação judicial substitutiva da função do Ministério Público, o que constitui grave ofensa à ampla defesa e ao equilíbrio processual.

Frise-se que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz também afronta a garantia de imparcialidade da jurisdição, sobre a qual se alicerçam o processo penal e o sistema acusatório. A produção de provas por impulso oficial permite a antecipação do convencimento do órgão julgador, visto que o juiz poderá estar previamente inclinado a decidir em determinada direção.

Além disso, importante perceber que as iniciativas judiciais voltadas à coleta de provas, em qualquer fase processual, violam os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, que exigem a absolvição do acusado em caso de dúvida sobre sua responsabilidade.

Nesse diapasão, mostra-se impositiva a realização de uma filtragem constitucional de todas as regras processuais que não se compatibilizam com o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988. Por óbvio, a conformação de normas inferiores aos princípios constitucionais não é um trabalho simples, haja vista que grande parte da sociedade brasileira ainda acredita que o papel da jurisdição penal seria a concretização do programa de segurança pública do Estado. No entanto, é uma tarefa inadiável para os aplicadores do Direito, a fim de que o processo penal seja, efetivamente, um instrumento garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

DOUTRINA:

CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord). **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Juris, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, n. 1, p. 33-43, jan. 1994.

_____. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n.28, p. 109-138, 1999.

_____. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. In: Boletim IBCCrim, v. 16, São Paulo, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES FLHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio (Coord). **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 27, julho-setembro/2000. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. I. 2 ed. Campinas: Millenium, 2000.

_____. **Elementos de direito processual penal**. v. II. 2 ed. Campinas: Millenium, 2000.

MONNERAT, Carlos Fonseca. **Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro**. Santos: Comunnicar, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. III. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Processo Penal**, v. I. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências.

_____. Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

_____. Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli*, e aos procedimentos.

_____. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

ACÓRDÃOS CITADOS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n.º 23.945/RJ**. Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG). Sexta Turma. Brasília, 05 fev. 2009. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 16 mar. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 63.790/RJ**. Relator Ministro Paulo Gallotti. Sexta Turma. Brasília, 17 out. 2006. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico: 26 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília, 21 mai. 2014. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 30 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 115015**. Relator Ministro Teori Zavascki. Segunda Turma. Brasília, 27 ago. 2013. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 12 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94641**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Brasília, 11 nov. 2008. Publicação: 06 mar. 2009.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Piersack vs. Bélgica**. Julgado em 01 de outubro de 1982, Série A, n. 53.

_____. Caso **De Cubber vs. Bélgica**, julgado em 26 de outubro de 1984, série A, n. 86.